

الفتاوى والردود الجارية

للإمام الفقيه أبي الفتح ظاهر الدين عبد الرشيد بن أبي حنيفة

ابن عبد الرزاق والردود الجارية

المتوفى بعد سنة ٥٤٥ هـ

محققه وعلوه عليه

الشيخ مقداد بن موسى قريشي

قوله

الشيخ خليل الميسر

مفتي زحلة والبقاع ومدير أربعمائة

الجزء الخامس

يحتوي على الكتب التالية:

القصص - التهم - المقامات - المزارعة - الشرب - الأثرية

الذكاء - المأدبة - القبايل - الرمايا - القرائن

اللفاظ المكفزة - الجدل - المسائل المتفرقة

مستورات

محمدياوي بيوت

لنشر كتابه السنة والجماعة

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

مكتبة دار الكتب العلمية



دار الكتب العلمية

جميع الحقوق محفوظة

Copyright

All rights reserved

Tous droits réservés

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لدار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
ويحظر طبع أو تصوير أو ترجمة أو إعادة تنظيم الكتاب كاملاً أو
مجزأاً أو تسجيله على أشرطة كاسيت أو إدخاله على الكمبيوتر
أو برمجته على أسطوانات ضوئية إلا بموافقة الناشر خطياً

Exclusive rights by

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beirut - Lebanon

No part of this publication may be translated,
reproduced, distributed in any form or by any means,
or stored in a data base or retrieval system, without the
prior written permission of the publisher.

Droits exclusifs à

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Beyrouth - Liban

Il est interdit à toute personne individuelle ou morale
d'éditer, de traduire, de photocopier, d'enregistrer sur
cassette, disquette, C.D, ordinateur toute production
écrite, entière ou partielle, sans l'autorisation signée
de l'éditeur.

الطبعة الأولى

٢٠٠٢ م - ١٤٢٤ هـ

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رمل الطريف - شارع الميخري - بناية ملكارت
الإدارة العامة: عزمون - القبة - مبنى دار الكتب العلمية
هاتف وفاكس: ٨٠١٨١٠ / ٩١ / ١٢ / ١٣
صندوق بريد: ٩١٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Beirut - Lebanon

Raml Al-Zarif, Bohtory Str., Melkart Bldg. 1st Floor

Head office

Aramoun - Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah Bldg.

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

P.O.Box: 11-9424 Beirut - Lebanon

Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah

Beyrouth - Liban

Raml Al-Zarif, Rue Bohtory, Imm. Melkart, 1er Etage

Administration général

Aramoun - Imm. Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah

Tel & Fax: (+961 5) 804810 / 11 / 12 / 13

P.P. 11-9424 Beyrouth - Liban

31

152

248

2003

v.5

ISBN 2-7451-3482-5



9782745134820

<http://www.al-ilmiyah.com/>

e-mail: sales@al-ilmiyah.com

info@al-ilmiyah.com

beydoun@al-ilmiyah.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح ، وفيه بحث المهايآت

قال رضي الله تعالى عنه : هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : فيما يجوز صلح الذين على جنسه وعلى خلاف جنسه و صلح الجياد على الزیوف ، و صلح المعلوم على جنسه وعلى خلاف جنسه وهو خلاف جنسه ، وهو^(١) معلوم أو مجهول [وفيما لا يجوز]^(٢) وفيما يجوز صلح الوارث من^(٣) الميراث والوصية [وفيما لا يجوز]^(٤) ، وفيما يقع الاستيفاء لحقه ، وفيما لا يقع ، وفيما له رد ما استوفى من خلاف جنس حقه واستيفاء حقه وفيما ليس له^(٥) ذلك ، وفيما له أن يسترد ما قبض^(٦) من دينه من خلاف جنس ما عليه وفيما ليس له ذلك ، وفيما يقع إبراء عن الذين فيما بينه وبين الله تعالى وفيما يقع إبراء مطلقاً وفيما لا يقع .

الفصل الثاني : فيما يجبر على إيفاء الحق وفيما لا يجبر ، وفيما يجبر على قبول الحق ، وفيما لا يجبر ، وفيما يجوز الصلح وفيما لا يجوز ، وفيما يجوز صلح انفضولي ، وفيما لا يجوز ، وفيما يستحق بدل الصلح فيرجع بيد المستحق أم بأصل الدعوى ، وفيما تجوز المهايأة وفيما لا تجوز ، وفيما يجوز تعليق الصلح والبراءة^(٧) بالشرط ، وفيما لا يجوز ، وفيما يجوز الصلح عن^(٨) العيب وفيما لا يجوز ، وفيما يجوز الصلح عن^(٩) نفقة المرأة وفيما لا يجوز .

- | | |
|---------------------------------------|--------------------------------|
| (١) في «جاء» و«د»: صلح الجياد... خلاف | (٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ» و«ج»: ساقطة وهي في «د». | (٦) في «جاء» و«د»: قضى. |
| (٣) في «جاء» و«د»: عن. | (٧) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «جاء» و«د»: على: ساقطة. |
| | (٩) في «جاء»: على. |

الفصل الثالث: في صلح أحد^(١) ربي الدين عن دين مشترك وفي استيفاء أحد ربي الدين^(٢) المشترك على وجه تنقطع به شركة صاحبه، وفيما ليس له ذلك^(٣) وفيما لأحد شريكه الدار أو الحائط والأرض المشترك أن يتصرف من غير رضى صاحبه، وفيما ليس له ذلك وفيما لواحد^(٤) أن يفعل تصرفاً في الطريق والسكة وليس لغيره أن يمنعه وفيما ليس له أن يفعل.

الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة.

(١) في «ج»: ساقطة.

(٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «ج» و«د»: وفيما ليس له ذلك: ساقطة.

(٤) في «ا»: ساقطة.

الفصل الأول

فيما يجوز الصلح [عن]^(١) جنس حقه وعلى خلاف جنسه

وصلح الجياد على الزيوف وفيما لا يجوز.. الخ

[أما فيما يجوز صلح الذئب على خلاف جنس حقه وعلى جنس حقه وصلح الجياد على الزيوف:]^(٢)

ولا يجوز صلح الذئب بالذئب إلا أن يكون من جنسه وهو أن يكون عليه عشرة دراهم إلى شهر فصالحه من جنسه [على خمسة]^(٣) إلى شهرين فيجوز.

أما الأول: فلأن النبي عليه الصلاة والسلام: «نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ»^(٤).

وأما الثاني؛ فلأن ذلك ليس بصلح [فلأن المصالح عليه عين حقه الذي كان قبل الصلح]^(٥) لكنه تبرع بشيئين بحط البعض وبالإزيادة في الأجل والصلح ينتزعه أصلان: البيوع، والإجازات. فما جاز في البيوع^(٦) [جاز في الصلح]^(٧) فإن لم يكن في البيوع فأعرض على الإجازات فما جاز فيها جاز فيه^(٨) إلا خصائص؛ لأن البيع تمليك العين والإجارة تمليك المنفعة، والصلح أمكن تجويزه [تمليكا]^(٩) سواء كان تمليك عين أو تمليك منفعة. وقولنا: إلا خصائص: معناه: إذا صالح عن الشرب على مال معلوم جاز وبيع الشرب لا يجوز، وإذا ادعى سكنى دار فصالح عنها عن سكنى دار [أخرى]^(١٠) مدة معلومة جاز وإجارة السكنى بالسكنى لا تجوز، وإنما كان؛ لأن البيع والإجارة لا ينعقدان إلا^(١١) تمليكا فأما الصلح كما ينعقد تمليكا بتمليك^(١٢) ينعقد إسقاطا بتمليك؛ لأنه ينشأ عن التجوز بدون الحق.

وإسقاط الحق عن الشرب بإزاء مال جائز^(١٣)؛ لأن الشرب يحتمل الإسقاط والإسقاط عن

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «أ»: ساقطة. وهي عنوان من جملة عناوين الفصل الأول، وهي في «ج» و«د».

(٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) أخرجه الحاكم في المستدرک (٥٧/٢) رقم [٢٣٤٢] والذارقطني في السنن (٧١/٣) والبيهقي في السنن الكبرى (٢٩٠/٥). (قال الحاكم: صحيح على شرط مسلم ولم يخرجه). وتعقب الذهبي وروى السيوطي إلى صحته في الجامع الصغير رقم [٩٤٧٠].

(٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «ج» و«د»: البيع. (٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: جاز فيه. ساقطة، وفي «د»: فيه: ساقطة. (٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٢) في «ج»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: جائز. وهو تصحيف.

السكنى كذلك؛ لأن المدعى عليه السكنى بكنى الذار بملكه رقبته لا بتملك من المدعي.

ولو كان عليه مائة درهم وعشرة دنانير فصالحه على مائة درهم وعشرة دراهم على أن ينقده خمسين درهماً أو ستين درهماً مؤجلاً ثم نقده خمسين قبل أن يتفرقا جاز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى وعشرة من ذلك حصة الصرف وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز. محمد رحمه الله تعالى يقول: إنه جعل العشرة عوضاً عن الدنانير فكان هذا عقد مصارفة، وقد شرط في هذا العقد تأخير دينه وهو ستون درهماً إلى أجل فيفسد هذا العقد. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن هذا العقد لو فسد إما أن يفسد لعدم القبض في المجلس أو لما قال: لا وجه إلى الأول؛ لأنه نقد البذل في المجلس، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن قوله: ستون درهماً إلى أجل: ليس بشرط في العقد لكنه معطوف على العقد بحرف الواو فلا يعتبر شرطاً. ألا ترى: أنه لو قال: بعثك هذا العبد على ألف درهم وعلى أن تقرضني عشرة [دراهم]^(١) لم يعتبر هذا شرطاً في البيع حتى لا يفسد البيع؛ لأن جعله عطفاً كذا هنا، ولو كان له^(٢) عليه دراهم لا يعلمان وزنها فصالحه على عشرة دراهم أو أقل أو أكثر جاز استحساناً ولم يجز قياساً لجواز أن يكون الواجب عليه أقل من عشرة.

وجه الاستحسان: أن مبنى الصلح على التجوز بدون الحق فإذا اشتبه حمل على العادة ما لم يظهر خلاف ذلك، فإن أجله لم يفسد؛ لأنه ليس بمصارفة وإنما هو تأجيل في دين كان ثابتاً، ولو كان [له]^(٣) عليه ألف^(٤) درهم حالة ومائة دينار إلى أجل فأعطاه الألف على أن يزيد في أجل الدنانير جاز؛ لأنه ليس فيه مبادلة الأجل بشيء، بل قبض دينه الذي كان حالاً وزاد في الأجل فيما كان مؤجلاً، ولو عجله المائة دينار على أن يؤجله في الألف لم يجز؛ لأنه مبادلة أجل بأجل فلا يجوز.

وأما في براءة الأجل فيما يجوز وفيما لا يجوز:

ولو قال صاحب الأجل: برئت من الأجل أو قال: لا حاجة لي في الأجل^(٥) لم يبطل الأجل^(٦) أما إذا قال^(٧): برئت، فهذا رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى. وفي رواية أبي حفص رحمه الله تعالى: يبطل الأجل، ولو قال المطلوب للطالب: برئت من الأجل ينصب التاء يبطل الأجل باتفاق الروايات. والفرق على رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى: أنه متى ذكر ينصب التاء فإنه^(٨) قد وصف المطلوب الطالب بالبراءة عن حق نفسه والأجل حق المطلوب قبل الطالب وإنما يتصف بالبراءة^(٩) عن حقه إذا سقط. أما هنا وصف نفسه بالبراءة والبراءة إنما تكون عما على الإنسان لا عما له لأنه عما له برى فكان صادقاً في

- | | |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٦) في «ج»: لم يبطل الأجل: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «د»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: مائة. | (٩) في «ج» و«د»: بالترك. |
| (٥) في «د»: لي في الأجل: ساقطة. | |

مقالته فلا يتضمن الإبراء عن الأجل. وأما إذا قال^(١) الطالب: برئت عن الدين الذي لي على فلان برفع الثاء يبرأ المطلوب عن الدين على اتفاق الروايات، هو الصحيح، فعلى هذا يحتاج إلى الفرق بين الأجل والدين، إذ الدين^(٢) حق الطالب كما أن الأجل حق المطلوب وموضع الفرق «المبسوط».

[وأما قوله: لا حاجة لي إلى الدين أجل إظهار واستغناء]^(٣) عن الأجل وذا لا يوجب زوال حقه ما دام حياً لتوهم الحاجة إليه ولهذا لو قال الطالب: لا حاجة^(٤) لي إلى الدين لا يبطل الدين، ولو قال: أبطلت الأجل بطل الأجل؛ لأن الأجل حقه بمنزلة خيار الشرط، ثم من له الخيار إذا قال: أبطلته يبطل الخيار كذا هنا. وأما إذا قال: تركت الأجل. اختلفت الروايات في هذا؛ لأن ترك الأجل يحتمل الترك في ملكه يعني تركت في ملكي ويحتمل الترك بالإنظار^(٥) أي أبطلت وأخرجت عن ملكي إلا أنه تعني الترك في باب الأجل للإبطال بالعرف فإنه يقال: ترك فلان حقه قبل فلان يريدون به أنه أبرأه ولا يريدون به أنه أبفاه في ملكه.

ولو صالح من دينه على عبد يجوز ولم يبعه مرابحة؛ لأن مبنى الصلح على التجوز بدون الحق، فصار الصلح كأنه أبرأه عن بعض الدين واشترى العبد الباقي. فإذا قال: اشتريت بالألف كان خيانة منه بخلاف الشراء.

ولو كان عليه قرض حنطة فصالح رجل المدعي على دراهم على أن تكون للمصالح لم يجز شراء الدين؛ لأنه تمليك الدين من غير من عليه الدين وأنه باطل، فرق بين هذا وبينما إذا صالح رجل المدعي على^(٦) الكر على عشرة دراهم لا غير حيث لا يجوز. والفرق: أن الصلح كما يجوز باعتبار التمليك من الجانبين يجوز باعتبار التمليك من أحد الجانبين والإسقاط من الجانب الآخر فما هنا الفضولي ملك المدعي العشرة ليسقط المدعي حقه في الكر قبل المدعي عليه ومثل هذه المعاوضة تصح من الفضولي كالخلع. فأما المسألة الأولى قصد التمليك فيكون تمليكاً من الجانبين فتعذر تصحيحه.

رجل له على رجل حنطة عشرة أقدرة فأخذها بذلك فقال المطلوب: ليس له^(٧) حنطة فبيع ذلك مثي، فقال الطالب: بعث ما كان لي قبلك من الحنطة بعشرين درهماً فقال المطلوب: اشتريت فهذا بيع فاسد كذا ذكر في «التوازل»، والحيلة في جوازه: أن يشترى منه ثوباً بذلك الحنطة ويقبض الثوب ثم يبيع منه ذلك الثوب بعشرين درهماً فحيث يجوز؛ ولأنه^(٨) بيع العين بالدين فيجوز.

رجل اغتصب من رجل إناة فضة فاستهلكه ففضي عليه بالقيمة ثم تفرقا قبل القبض لم يبطل الصلح؛ لأن هذا ليس بصرف؛ لأن الواجب بالاستهلاك هو القيمة؛ لأنه هو المثل

(٥) في «ج»: بالإنبطال.

(٦) في «ج»: عن.

(٧) في «ج»: لك.

(٨) في «ج»: ولاية.

(١) في «ج»: وأما قول.

(٢) في «ج»: إذا الدين.

(٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: لا حاجة: ساقطة.

فكان القضاء لتقدير ذلك وإن صار المستهلك ملكاً للمستهلك قبيل الاستهلاك كيلا يصير جمعاً بين البذل والمبدل في ملك رجل واحد لكنه ملك ضروري فلم تعتبر فيه المصارفة فلا يضره الاقتراف ولو استهلك تبر فضة أو دراهم [فصالحه على دراهم]^(١) إلى أجل لم^(٢) يبطل الصلح؛ لأنه^(٣) تأجيل حقه.

ولو كان له على رجل ألف درهم فصالحه منها على خمسمائة درهم جاز وإن فارقه قبل أن يقبضه^(٤) إياه؛ لأن هذا الصلح إبراء عن التصف وطلب الإيفاء النصف؛ لأن الصلح يجوز [به]^(٥) بدون الحق [والتجوز بدون الحق]^(٦) إبراء للبعض واستيفاء للبعض وذلك جائز. وإن صالحه من الألف على خمسين دينار أو باعه إياه بها جاز إن نقد قبل التفريق؛ لأن خمسين ديناراً تصلح بدلاً عن الألف فكان هذا صرفاً بدين واجب قبل عقد الصرف فكان جائزاً إن نقده قبل القبض [وإن فارقه قبل أن ينقده بطل الصلح؛ لأنه حصل الافتراق عن مجلس الصرف قبل القبض]^(٧)، وإن فارقه بعدما نقد بعضها برىء عن حصة ما نقد ويلزم حصة ما بقي اعتباراً للبعض بالكل.

وإن صالحه منها على ذهب [أو فضة أو]^(٨) تبراً أو مصوغ لا يعلم وزنه جاز إن قبضه قبل الافتراق. فرق بين هذا وبينما إذا صالحه على فضة لا يعلم وزنها حيث لا يجوز. والفرق: أن في الوجه الأول: الجنس مختلف فينعدم^(٩) ربا الفضل، وفي الوجه الثاني: الجنس متحد فيتوهم ربا الفضل إذا لم يعلم وزن الفضة ولو صالحه من دينه على بعضه عاجلاً أو أجلاً كان جائزاً؛ لأنه تبرع بإسقاط البعض وإسقاط المطالبة في يده^(١٠)، ولو صالحه بجنس آخر [أجلاً]^(١١) لا يجوز لأن مصارفة الدراهم بالذنانير آجلاً فلا يجوز.

رجل اشترى عبداً بمائة دينار وتقايبضا وتفرقا ثم وجد بالعبد عيباً أقر به البائع أو أنكره ثم صالحه على دينار وتفرقا قبل القبض فالصلح جائز وإن كان ذلك أكثر من قيمة العبد أو أقل فهو سواء. أما إذا كان أقل؛ فلأن الصلح إنما وقع عن حصة العيب من الثمن؛ لأن حق المشتري كان في الثمن وإنما انتقل [حقه]^(١٢) إلى المبيع بالبيع فإذا عجز البائع عن تسليم شيء من المبيع قبل القبض عجزاً لا يرجى زواله انفسخ البيع وانتقل حقه إلى الثمن، كما لو هلك جميع المبيع فإذا انتقل إلى حصة العيب من الثمن كان حق المشتري قبل البائع [على]^(١٣) حالة في حصة العيب من الثمن وهي عشرة دنائير، فإذا صالح على أقل أو فارقه قبل القبض جاز^(١٤) كمن له على آخر عشرة دنائير فصالحه على أقل وفارقه قبل القبض لم يبطل؛ لأن هذا ليس

(١) في «أ»: ساقطة. (٨) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج»: «و»؛ فيتعذر.

(٣) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «ج»: «و»؛ في يده. وفي «أ»: في مدة وأثبتنا ما في «ج» و«د».

(٤) في «ج» و«د»: يعطيه. (١١) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «أ»: ساقطة. (١٢) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة. (١٣) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: ساقطة. (١٤) في «ج»: ساقطة.

بصرف، بل هذا إبراء عن البعض واستيفاء للبعض فيجوز وأما إذا كان أكثر إن^(١) كانت الزيادة بحيث يتغابن الناس في مثلها فالجواب ما ذكرنا، وإن كانت بحيث لا يتغابن الناس في مثلها يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وفي قولهما رحمه الله تعالى: لا يجوز الصلح ويستقبلان الخصومة في العيب. هما رحمهما الله تعالى بقولان: الصلح ها هنا وقع عن حصة العيب من الثمن وحصة العيب من الثمن عشرة دنائير مثلاً فإذا صالح على اثني عشر [كان كمن]^(٢) كان له على آخر عشرة دنائير فصالحه على اثني عشر ديناراً كان باطلاً كذا ها هنا. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بأن تجوز هذا الصلح إن تعذر^(٣) بطريق المعاوضة لمكان الزبا أمكن أن يجعل البائع موفياً بجميع حصته من البيع^(٤) وذلك عشرة وبقدر الزيادة يجعل البائع كأن حط عن الشريك^(٥) من^(٦) ثمن الباقي ولو كان هكذا يجب على البائع رد دينارين من الثمن الباقي إن كان الثمن مقبوضاً ويسقط عن المشتري هذا القدر إن لم يكن مقبوضاً بخلاف ما لو كان عليه عشرة دنائير فصالحه على اثني عشر؛ لأن ثمة^(٧) لا يمكن تجويزه أصلاً إلا بطريق المعاوضة ولا بطريق الحط، وكذلك إن ضرب للذنائير أجلاً؛ لأن الذنائير ليس يبدل الصّرف فيصح فيه التأجيل وإن كان صالح على دراهم وقبضها قبل أن يتفرقا جاز، وإن تفرقا قبل أن يقبض انتقض الصلح واستقبل الخصومة في العيب؛ لأن الصلح إنما وقع عن حصة العيب من الثمن وذلك دنائير، كرجل له على آخر عشرة دنائير فصالحه على دراهم كان صرفاً يدين وجب قبل عقد الصّرف، فإن قبض بدل الصّرف جاز وإلا فلا، وكذلك لو كان ضرب للذّاهم أجلاً ثم فارقه قبل أن يقبضها أو اشترط في الصلح خياراً ثم افترقا قبل أن يبطل صاحب الخيار خياره؛ لأن الصلح متى وقع بالذّاهم يكون صرفاً وتأجيل بدل الصّرف لا يجوز والصّرف يبطل بخيار الشرط؛ لأن في ذلك نوات القبض.

ولو ادعى رجل على رجل مائة درهم فأنكره أو أقر به ثم صالحه منها على عشرة دراهم حالة أو إلى أجل أو شرط خياراً ثم افترقا فالصلح جائز. أما إذا أقر فلان فهذا استيفاء للبعض وإبراء عن البعض في زعمهما، وأما إذا أنكر فهو كذلك في زعم المدعي وفي زعم المدعي عليه هذا اقتداء عن اليمين، وكل ذلك لا يكون صرفاً ولو صالحه على خمسة دنائير وقبضها قبل أن يتفرقا فهو جائز وإن افترقا قبل أن يقبضها انتقض الصلح؛ لأن الصلح وقع على خلاف جنس الحق فلا يمكن تجويزه إلا بطريق المعاوضة فيكون صرفاً وقبض بدل الصّرف شرط لجواز الصّرف وكذلك إن كانت إلى أجل أو فيها شرط خيار، وافترقا على ذلك فهو فاسد؛ لأن الأجل والخيار مما يفوتان القبض.

وإذا ماتت المرأة وتركّت ميراثاً من رقيق وعروض وحلي وذهب وفضة وجوهر وتركّت

- | | |
|--------------------|----------------------|
| (١) في «ج»: أو. | (٥) في «ج»: المشتري. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٦) في «ج»: عن. |
| (٣) في «ج»: متعذر. | (٧) في «ج»: ثم. |
| (٤) في «ج»: العيب. | |

أبائها وزوجها وميراثها كله عند أبيها فصالحه زوجها من ذلك على مائة دينار ولا بدري أن ما يصيبه من الذهب أقل من ذلك أو أكثر فالصلح باطل ما لم يعلم أن حصته من الذهب في الشركة أقل من بدل الصلح. فرق بين هذا وبينما إذا كان لرجل على [رجل] ^(١) آخر ألف درهم دين فصالح على ذلك مشاراً إليها لا يعرف ما وزنها جاز وإن احتمل أن يكون بدل الصلح أكثر من الدين، والفرق: أن ^(٢) بدل الصلح في المسألتين جميعاً يحتمل ^(٣) أقل من حق المصالح؛ لأن الصلح يجوز بدون الحق لكن متى كان ^(٤) كذلك ينتفي الزبا من كل وجه في صلح الدين على الدراهم المشار إليها؛ لأنه يكون استيفاء للبعض وإبراء عن البعض ولا ينتفي الزبا في مسألة الصلح في الميراث؛ لأن حقه في الذهب إن كان مثل بدل الصلح أو أكثر تبقى الزيادة من ^(٥) الذهب والعروض بغير شيء فيكون ربا ولا يمكن تجويزه بطريق الإبراء؛ لأن الإبراء عن الأعيان باطل، وكذلك لو صالح على خمسمائة درهم وخمسين ديناراً لا يعلم ما نصيبه من الفضة أكثر منها أو أقل لما قلنا.

ولو صالحه على خمسمائة درهم وخمسين ديناراً وتقايضا قبل أن يتفرقا جاز ذلك؛ لأنه أمكن تجويز هذا الصلح وإن كان نصيبه من الذهب والفضة في الشركة مثل بدل الصلح أو أكثر يصرف الجنس إلى خلاف الجنس فيجعل الذهب من بدل الصلح بإزاء الفضة من الشركة وبشيء من العروض، أو ^(٦) تجعل الفضة من بدل الصلح بإزاء الذهب من الشركة ^(٧) وبشيء من العروض، أو يجعل الذهب ^(٨) من بدل الصلح بإزاء الفضة ^(٩) من الشركة والفضة من بدل الصلح بإزاء الذهب ^(١٠) من الشركة والعروض.

وإن تفرقا قبل أن يقبض شيئاً انتقض [الصلح] ^(١١) بحصته ما كان صرفاً وما يكون بإزاء اللآلئ والجواهر الذي لا يمكن تسليمه إلا بضرر. فأما فيما عدا ذلك من الثياب والعروض يكون جائزاً كما لو اشترى ثوباً وعشرة بعشرين وقيمة الثوب عشرة وتفرقا من غير قبض بطل ما كان صرفاً وبقي شراء الثوب جائزاً.

وإن قبض الزوج الدراهم والدينارين ثم افترقا والميراث في منزل الأب انتقض من الصلح حصة الذهب والفضة إن كان الأب مقرراً للزوج بما عنده حتى يكون نصيب الزوج أمانة في يده وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض الشراء فبطل العقد بحصة الصرف وبحصة ما لا يمكن تسليمه إلا بضرر، ويجوز في الباقي، وإن كان الأب متكرراً جاز العقد في الكل؛ لأنه كان غاصباً نصيب الزوج وقبض الغصب ينوب عن قبض الشراء وأن قبض الأب كله وقبض الزوج بعض الدراهم والدينارين وبقي بعضها فإن كان انتقد الدراهم ^(١٢) بقدر الذهب

- | | |
|--------------------|----------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: الفضة. |
| (٣) في «ج»: يجعل. | (٩) في «ج»: الذهب. |
| (٤) في «ج»: يجعل. | (١٠) في «ج»: بإزاء الذهب: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: في. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |

ولفصة والحلي فالصلح ماضٍ وإن كان أقل من ذلك بطل من الذهب والمصنة حصّة ما لم يتقد وجاز حصّة ما انتقد^(١) وحاز ما سوى ذلك من غير الحلي؛ لأن ما سوى ذلك من غير الحلي^(٢) فالعقد فيه بيع لا صرف.

ولو ادعى رجل سيفاً محلياً^(٣) بعيه عند رجل فصالحه منه على عشرة دنانير وقبض منها خمسة دنانير، ثم افترقا أو اشترى بالباقي منه ثوباً قل أن يتفرقا وقبضه فإن كان نقد من الدنانير بقدر الحلية وحصلتها فالصلح ماضٍ؛ لأن المنقود^(٤) يصرف إلى الحلية فحصل الافتراق بعد قبض البديلين فيما كان صرفاً؛ لأن موضوع المسألة فيما إذا كان المدعي عليه منكراً للسيف حتى كان غاصباً للسيف فينوب قبضه عن قبض الشراء وإن كان الذي نقد أقل من حصتها، لم يجز شراء الثوب؛ لأنه اشترى الثوب مثلاً ستة دراهم ودرهم^(٥) منها بدل الصرف والاستبدال ببدل الصرف باطل لما فيه من فوات القبض وإذا فسد شراء الثوب بقدر درهم، هل يفسد الباقي عند الكل؟ بعضهم قالوا: يفسد^(٦) في الكل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يفسد في^(٧) شراء الثوب بقدر الدرهم ولا يبطل في الباقي وبعضهم قالوا: يبطل في الكل [عند الكل]^(٨).

ولو اشترى إبريق فضة فيه ألف درهم بشمانية^(٩) دنانير وتقابضا ثم وجد بالإبريق عيباً وهو قائم بعينه فله أن يرده؛ لأنه وجد بالمبيع عيباً فإن صالحه البائع على دينار وقبضه فهو جائز، وإن كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا كان الفضل فيه ما لا يتعابن الناس في مثله فالصلح غير جائز، وإن كان صالحه على عشرة دراهم فهو جائز وإن كان أكثر من قيمة العيب في قولهم جميعاً إذا قبضه قبل الافتراق.

أما الأول: وهو ما إذا كان الدينار مثل قيمة العيب^(١٠)، فلأن هذا الصلح يقع عن حصّة المعيب من الثمن وأنه دينار فإذا كان بدل الصلح ديناراً كان الصلح واقعاً على جنس حقه فلا يكون صرفاً فيجوز قبض أو لم يقبض.

وأما الثاني: وهو ما إذا كان الدينار أكثر من قيمة العيب أو أقل. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن الصلح وقع عن حصّة العيب من الثمن، وحصّة العيب من الثمن [مثلاً]^(١١) نصف^(١٢) دينار، فإذا صالح على دينار كان باطلاً وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن تجوز هذا الصلح إن تعدد^(١٣) بطريق المعاوضة أمكن جعل^(١٤) البائع موفياً

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «ج»: بمائة.

(١٠) في «ج»: في قولهم جميعاً. . . قيمة العيب ساقطة

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: قدر.

(١٤) في «ج» و«د»: أن يجعل.

(١) في «ج»: نقد.

(٢) في «ج»: من غير الحلي: ساقطة.

(٣) في «ج»: محلي.

(٤) في «ج»: المنقود.

(٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «ج»: ساقطة.

(٧) في «ج»: من.

لجميع حصته من العيب وذلك نصف دينار وتعذر^(١) الزيادة خطأ من المشتري من^(٢) نص الباقي، ولو كان هكذا يجب على البائع رد دينار نصفه حصه العيب ونصفه خطأ من نص الباقي إن كان الثمن مقبوضاً ويسقط عن المشتري هذا [الفدر]^(٣) إن لم يكن مقبوضاً، وأما الثالث: وهو ما إذا صالحه على عشرة دراهم فلأن الصلح وقع عن حصه من الثمن وذلك دينار على الدراهم فكان معاوضة الدراهم بالذنانير فيشترط التقابض قبل الافتراق، وإن ادعى على رجل عشرة دراهم وعشرة دنانير فأنكر ذلك المدعى عليه^(٤) أو أقر ثم صالحه على خمسة دراهم من ذلك كله نقداً أو نسيئة فهذا جائز؛ لأن الصلح وقع على جنس حقه؛ لأن الأصل في مال الزبأ أن يصرف الجنس إلى جنس إذا لم يكن في ذلك فساد العقد فيصير مستوفياً من العشرة خمسة ومبرئاً عن الخمسة الأخرى وعن العشرة الذنانير فيجوز سواء كانت هذه الخمسة نقداً أو نسيئة.

وإن اشترى قلب ذهب فيه عشرة مثاقيل بمائة درهم وتقابضا فاستهلك القلب أو لم يستهلك، ثم وجد به عيباً فصالحه على عشرة دراهم نسيئة فهو جائز؛ لأن الصلح وقع على حصه من الثمن وأنها دراهم فيكون هذا صلحاً واقعاً على جنس الحق فيجوز سواء كان بدل الصلح نقداً أو نسيئة. ولو صالحه على دينار لم يجز إلا أن يقبضه قبل التفريق؛ لأن الصلح وقع على خلاف الجنس فيكون معاوضة فيكون صرفاً.

ولو^(٥) اشترى قلب فضة فيه عشرة دراهم بدينار وتقابضا ثم وجد بالقلب هنيئاً يقصه فصالحه من ذلك على قيراطي ذهب [من الدينار على أن زاد مشتري القلب ربع حنطة بعينها وتقابضا فهو جائز؛ لأن بائع القلب بدل قيراطي ذهب]^(٦) بإزاء ربع الحنطة وإزاء حصه العيب من الثمن فينقسم عليهما على السواء فما يصيب الحنطة كان بيعاً وما يصيب حصه العيب لم يكن صرفاً؛ لأن الصلح وقع على جنس الحق فيجوز، وإن كانت الحنطة بعينها وتقابضا قبل قبض قيراطي الذهب والحنطة فهو جائز؛ لأن ما يصيب الحنطة بيع فلا يشترط قبض بدله وما يصيب حصه العيب ليس بصرف فلا يشترط قبضه في المجلس وإن تقابضا ثم وجد في الحنطة عيباً ردّها ورجع بحصتها من القيراطين إذا قسما على قيمة الحنطة وقيمة العيب؛ لأن ما أصاب الحنطة من القيراطين كان بيعاً فإذا وجد بالمبيع عيباً رده^(٧) ويرجع بثمنه.

ومن غصب إباء فضة وعينيه ثم اشتراه بفضة مثل وزنها أو بذهب بتأخير لم يجز، وإن صالحه على فضة مثل وزنها أو على ذهب بتأخير لم يجز، وإن صالحه على فضة مثل وزنها أو على ذهب بتأخير^(٨) يحوز؛ لأن المعيب مستهلك حكماً، ولو^(٩) كان مستهلكاً حقيقة كان الجواب كذلك، وإنما كان وهو أن في باب الصلح إن تعذر العمل [بلمظة]^(١٠) الصلح باعتبار

- | | |
|-----------------------|--------------------------------------|
| (١) في «ج»: وتعذر. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: و«د»: عن. | (٧) في «ج»: ردّها. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: لم يجز.... بتأخير ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ولو غير موحدة. |
| (٥) في «د»: وإن. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |

المبادلة أمكن العمل بمجازها بحمل الصلح كتابة عن التضمين لأن بينهما موافقة في المعنى الخاص وهو أخذ بعض الحق وترك البعض فصار قوله : صالحتك بمنزلة قوله : ضمانت قيمته من حسبه بمثل وزنه أو من خلاف جنسه ، وقبض القيمة ليس بشرط لصحة التضمين . أما لمطة البيع . لا يمكن أن تجعل محاراً عن التضمين ؛ لأنه ليس في البيع هذا المعنى ؛ لأن قبل البيع^(١) لم يكن لكل واحد منهما على صاحبه حق وإنما وجد بالبيع ، وما وجب [بالسعة]^(٢) يستوفي بكماله ، وإن أحضره وتقابضاً جاز الصلح والشراء ؛ لأنه حينئذٍ أمكن العمل بحقيقة [لمطة]^(٣) الصلح والشراء هذا إذا كان الإناء مستهلكاً حقيقة أو حكماً بأن كان معيماً وقد حلف الغاصب على ذلك ، فإن كان الإناء قائماً بعينه في يد الغاصب لا يمنعه من الأخذ فاصطالحا على ذهب بتأخير أو على فضة مثل وزنها بتأخير أو بغير تأخير ، لكن افترقا من غير قبض بدل الصلح لم يجز الصلح ، لأننا إنما جوزنا الصلح باعتباره أما جعلناه كتابة عن التضمين إذا كان له حق التضمين في هذه الحالة وهو حال قيام العين .

الصلح عن الشفعة لا يجوز وتبطل الشفعة إذا قبله ؛ لأنه إعراض عن طلب الشفعة وفي الكفالة بالتقسط إذا لم يجز الصلح ففي البطلان روايتان .

وأما فيما يجوز الصلح في الحباد على الزيوف وما لا يجوز :

رجل له على رجل ألف جياذ ، فقال : أعطني بها أو انفض بها أو أعط غريمي هذا بها ألفاً بنهرجة ففعل فهو يريء من الجياذ .

أما الأول والثاني : إن أعطى الدراهم بنهرجة في المجلس ؛ فلائه يعتبر هذا خطأ وإن لم يصرح صاحب الجياذ بالخط لوجود الصلح الذي ينشأ عن^(٤) الخط ؛ لأنه^(٥) إن^(٦) لم يذكر الصلح نصاً فقد ذكره معنى وهو الخط .

وأما الثالث : فكذلك إن قضى غريمه في المجلس أو لم يقض ؛ لأنه خط صفة الجودة وأمره أن يقضي بالباقي ما عليه من الدراهم بنهرجة كما لو قال : أبرأتك من^(٧) الجودة حتى تقضي بالباقي بها غريباً إلى هذا ؛ فرق بين هذه المسائل الثلاث وبينما إذا قال : أعطني بها ألف درهم بنهرجة على أن تكون بدل^(٨) الجياذ [لك]^(٩) إذا تفرقا^(١٠) قبل قبض الجياذ بطل ؛ لأنه ذكر معنى البيع وإن^(١١) لم ينص على البيع^(١٢) والمذكور بالمعنى والمذكور نصاً سواء فتعذر اعتباره خطأ .

رجل اشترى من رجل^(١٣) ألف درهم بنهرجة بألف حاد على أن يحيل عليه غريباً له

- (٨) في «ج» و«د» : ساقطة .
(٩) في «أ» : ساقطة .
(١٠) في «ج» : تفرقتا .
(١١) في «ج» : إذا .
(١٢) في «ج» و«د» : المبيع .
(١٣) في «ج» و«د» : من رجل : ساقطة .

- (١) في «ج» : المبيع .
(٢) في «أ» : ساقطة .
(٣) في «أ» : ساقطة .
(٤) في «ج» و«د» : من .
(٥) في «ج» : ساقطة .
(٦) في «ج» : إذا .
(٧) في «ج» و«د» : من .

ويضمنها له كان مطلقاً؛ لأن هذا صرف شرط فيه الحوالة بدين لم يجب بالضرف وإشراط الحوالة بدين لم يجب بالبيع يوجب فساد البيع^(١) مع سعة حالة البيع؛ فلأن يوجب فساد الضرف مع ضيق حاله أولى.

ولو كان عليه ألف درهم مكسرة حالة أو إلى أجل فصالحه المدعي على خمسمائة درهم [صحاح]^(٢) لم يجز^(٣)؛ لأن هذه اعتياض عن الجودة؛ لأن صاحب الدين استفاد الجودة بالخمسمائة والاعتياض عن الجودة باطل، ولو كان له على رجل ألف درهم جياذ فصالحه على ألف درهم بنهرجة يجوز، ولا يكون هذا صلحاً، بل يكون هذا خطأ عن صفة الجودة، ولهذا لو كان [له]^(٤) على رجل^(٥) ألف درهم جياذ [حالة]^(٦) فصالحه على ألف درهم بنهرجة مؤجلة جاز، ولو كان مصارفة لا يجوز، مؤجلاً، ولو صالحه على مائة يدفعها السارق إلى المسروق منه على أن يقر له السرقة فإن كان العرض قائماً بعينه حاز وإن كان مستهلكاً لم يجز؛ لأن الإقرار المقرون بالعرض^(٧) جعل عبارة عن تملك مبتدئاً.

ففي الوجه الأول: صار المدعي عليه للسرقة مملكاً العرض بالمائة التي أخذها من المدعي فيجوز

وفي الوجه الثاني: صار مملكاً قيمة العرض بما أخذ من المدعي وهو^(٨) باطل، ولو كانت السرقة دراهم بعينها أو مستهلكة لم يجز إذا كان لا يعلم مقدار الدراهم المسروقة؛ لأنه حينئذ تملك دراهم لا يعلم وزنها بالمائة فيكون باطلاً أما إذا علم أن الدراهم المسروقة مائة جاز إذا قضه المائة في المجلس؛ لأنه تملك مائة بمائة مثلها ولو كان ذهباً بعينه أو مستهلكاً جاز. أما إذا كانت بعينه فلا تملك ذهب مشار إليه لا يعلم وزنه بالمائة فيجوز ويكون صرفاً، وأما إذا كان مستهلكاً إذ علم مقدار السرقة وزناً يجوز لما قلنا، وإن لم [يعلم]^(٩) لا يجوز؛ لأنه تملك ذهب غير مشار إليه غير معلوم الوزن بدراهم فيكون باطلاً لجهالة مقدار الذهب؛ لأنه محتاج إلى تسليم الذهب.

ولو صالح مكاتبه بعدما وجدت^(١٠) الكتابة وهي ألف درهم على ألف درهم ومائة درهم إلى أجل ولم يحل فصالحه على تسعمائة على أن يعجل الباقي أو صالح على مائة دينار وأبطل الدراهم أو على وصيفين إلى أجل جاز ذلك كله. أما الزيادة في البدل بشرط [التأجيل وحط البعض بشرط]^(١١) التعجيل للساقى فلأن هذا اعتياض عن الأجل وحرمة الاعتياض عن الأجل أمر خفي حتى اختلف الصدر الأول في جواز ذلك وفساده لو يحري

(٧) في «ج» و«د»: المقرون بالعرض. وفي «أ»: مضمومة، ولذا أثبتنا الأول.

(٨) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: حلت.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١) في «ج»: ساقطة.

(٢) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «ج»: لم يجز ساقطة.

(٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة.

بين الحرين، والزبا الخفي بين المولى ومكاتبه؛ لأن المكاتب حر بدأ عند رقعة فالحقناه بالحر في حق الزبا الجلي وألحقناه بالعبد في حق الزبا الخفي وأما إذا أبطلا الدراهم وصالحا على مائة دينار أو على وصيفين إلى أجل؛ فلائهما فسخا العقد الأول وأنشأ عقداً آخر على بدل آخر والكتابة تحتل الفسخ والإنشاء ولو لم يبطل المكاتب وصالحه من الكتابة وهي دراهم على كيلي أو دنانير إلى أجل لم يجز؛ لأنه متى صالحه من المكاتب وهي دراهم على دنانير إلى أجل كانت الدنانير بدلاً عن الدراهم فتكون مصارفة إلى أجل وهي باطلة. أما في المسألة الأولى: لما صالحه على ألف درهم^(١) ومائة ولم يصالح عن المكاتب كان فسخاً^(٢) للكتابة الأولى وإنشاء للكتابة الثانية.

ولو كاتبه على وصيف إلى أجل، ثم صالحه على ألف درهم إلى سنة حاز؛ لأن هذا تأجيل الواجب فإن الواجب له بتسميته الوصيف^(٣) أحد شئين: إما الوصيف، وإما القيمة، حتى لو أتى بالقيمة أجبر على القبول والقيمة دراهم أو دنانير فيكون تأجيلاً لعين الواجب فلا يكون مبادلة فيكون جائزاً.

وأما فيما يجوز صلح المعلوم على جنسه وعلى خلاف جنسه وهو معلوم أو هو مجهول وفيما لا يجوز:

إذا كان لرحل على رجل ألف درهم فقضاء دراهم مجهولة الوزن لا يجوز، ولو أعطاه على وجه الصلح يجوز وإن كان مجهول الوزن جوز^(٤) على وجه الصلح ولم يجوز على وجه القضاء، والفرق أن في الصلح لم تشبه جهة الجواز؛ لأنه ثبت كون المأخوذ بالصلح أقل من الدين من حيث الحكم بدلالة لفظة الصلح؛ لأن الصلح للنجوز بدون الحق، فصار كما لو ثبت كون المأخوذ أقل من الدين من حيث^(٥) الحقيقة. أما في القضاء: لم يثبت كون المأخوذ مثل الدين أو أقل من الدين. أما المثل؛ فلائ لو ثبت إنما يثبت بدلالة لفظة [القضاء]^(٦)؛ لأن القضاء إنما يكون بمثل الدين ولم^(٧) يثبت؛ لأن القضاء كما يكون بمثل الدين يكون بالزيادة لما روي أن النبي ﷺ: «اسْتَفْرَضَ ثُمَّ قَضَى وَأَوْجَحَ فِي الْوُزْنِ». وأما الأقل^(٨)؛ فلائ لو ثبت إنما يثبت بدلالة لفظة القضاء ولا يثبت؛ لأن القضاء عبارة عن استيفاء الحق بتمامه فيكون الأقل لا يثبت بدلالة لفظة القضاء^(٩).

الصلح على أربعة أوجه: معلوم على معلوم، أو مجهول على معلوم فهما جائزان، أو مجهول على مجهول، أو معلوم على مجهول لم يجز، إلا أن يدعي كل واحد منهما قبل صاحبه دعوى ويتصالحان على البراءة فإنه يجوز؛ لأن المصالح عنه مقبوض بهذه الهيئة

- | | |
|---|--------------------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: ساقطة. | (٥) في «ج»: الحكم... من حيث ساقطة |
| (٢) في «ج» و«د»: فسخاً. وفي «أ»: صلحاً. | (٦) في «أ»: ساقطة |
| (٣) في «ج»: بتسمية الوصيف: ساقطة. | (٧) في «ج»: ولا. |
| (٤) في «ج»: يجوز. | (٨) في «ج»: القرض. |
| | (٩) في «ج»: لا يثبت... القضاء: ساقطة |

لا تمنع التسليم والجهالة إذا لم تمنع التسليم لا توجب فساد البيع فكذا لا توجب فساد الصلح. فأما إذا كان المصالح عنه غير مقبوض فاحتيج إلى التسليم [فالجهالة تمنع التسليم^(١) والجهالة التي تمنع موجب^(٢) التسليم توجب فساد الصلح.

وأما فيما يجوز صلح الوارث على^(٣) الميراث والوصية وفيما لا يجوز:

إذا ماتت المرأة وتركت زوجاً وأماً وأخاً لأب وأماً فللزوجة النصف وللأم السدس وللأخ الأم السدس وللأخ لأب وأم السدس الباقي فإذا صالحوا مع الزوج وأخرجوه عن التركة وقسم الباقي على ثلاثة أسهم^(٤) الذي كان لهم في الأصل. قال الضمر الشهيد رحمه الله تعالى. كذا حكى فتوى القاضي الإمام عماد الدين^(٥)؛ لأن نصيب الزوج بالصلح صار لهم فيقسم على قدر حقهم فعلى هذا تقاس المسائل.

رجل ادعى على آخر حقاً في دار في يدي الورثة فصالح أحدهم من نصيبه على أن يكون له خاصة جاز، وهذا دليل على أن البيع في المجهول بلفظة الصلح جائز.

رجل أوصى لما في بطن امرأة إنسان حي جازت الوصية فصالح أب الحبل عن الحبل^(٦) بما أوصى له مع رجل لم يجر؛ لأنه لا ولاية للأب على الجنين؛ لأنه أصل من وجه تبع للأم من وجه كسائر أجزائها فعلمنا بهما، ففي حق الوصية له اعتبار أصلاً وفي حق إثبات الولاية عليه اعتبار تبعاً عملاً بهما.

وصلح مولى الحبل في رواية: يجوز، وفي رواية: لا يجوز.

وجه رواية عدم الجواز: أن الوصية أولاً تقع للعبد ثم تنتقل إلى المولى حتى يعتبر قبوله ورده؛ لا قبول^(٧) المولى ورده فيكون المولى مصالحاً على الحبل والولاية لا تثبت على الحبل.

وأما فيما يقع استيفاء لحقه وفيما^(٨) لا يقع:

رجل كان له على رجل دين فجاء المطلوب بحسطة وألقاها في بيت الطالب كلها حتى تنظر كم هي فكالها ولم يجر بينهما مقابلة لا قبله ولا بعده على ثمن مقدر فهذا لا يكون بيعاً بينهما ولا يقع استيفاء لحقه؛ لأنه لم يوجد الاستيفاء نصاً ولا دلالة.

رجل اشترى من رجل إبريسماً ووزنه وقبضه ثم جاء بعد مدة، وقال: وجدته ناقصاً إن كن النقصان من جهة الهواء أو نقصاناً يدخل بين الوزنين أو كان نقصاناً من الأصل.

ففي الوجه الأول^(٩): صح الاستيفاء ولا يرجع بشيء؛ لأن ذلك مما يكون^(١٠) وقد

(١) في «أ» ساقطة. (٦) في «ج» و«د»: عن الحبل: ساقطة.
(٢) في «ج» و«د»: ساقطة. (٧) في «ج» و«د»: لا قبول. وفي «أ» لأن قبول. والمنبت الأول.
(٣) في «ج» و«د»: عن. (٨) في «ج»: وما
(٤) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج» و«د»: ساقطة.
(٥) سقت ترجمته. (١٠) في «ج»: صح.

قبض حقه بتمامه. وفي الوجه الثاني^(١): [المسألة على وجهين]^(٢) إما أن سبق إقراره باستيفاء حقه بتمامه كذا كذا أمنا أو لم يسبق.

ففي الوجه الأول: ليس له أن يرجع أيضاً؛ لأنه أقر باستيفاء حقه بتمامه.

وفي الوجه الثاني: له أن يمتنع من أداء الثمن بحصة التقصان وإن نقده الثمن يرجع عليه بذلك القدر؛ لأنه لم يسلم له المبيع كما اشترى.

وأما فيما له رد ما استوفى من خلاف جنس حقه واستيفاء حقه وفيما ليس له ذلك:

رجل قضى رجلاً دراهم زيوفاً، وقال له: أنفقها، فإن جاز عليك، والأفرد علي فقبل على ذلك^(٣) ولم ينفق، فالقياس: أنه ليس له أن يردّه؛ لأنه استوفى حقه. وفي الاستحسان: له ردّه؛ لأنه ما استوفى حقه، بخلاف ما إذا بع جارية فوجد المشتري بها عيباً بعد القبض^(٤) فأراد ردّها قال البائع: أعرضها على البيع^(٥) فإذا نفقت^(٦) عنك وإلا فردّها علي^(٧) فعرضها فلم تبع^(٨) فليس له أن يردّها فإن العرض على البيع أمانة الرضى بالعيب^(٩)؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالإمساك.

ولو اشترى ثوباً ولم يره فإذا رآه وهو صغير فأراد ردّه فقال البائع: اعرض على الخياط فإن قطعك والأفرد علي فعرضه [على الخياط]^(١٠) فقال [الخياط]^(١١): هو صغير لا يؤتى منه قميص فله أن يردّه، وليس رؤية الخياط كالعرض على البيع وكذلك الخف والقلنسوة.

ولو أن رجلاً اقتضى من رجل دراهم فأنفقها ثم ردّ عليه بعيب الزيادة فإن كان حين أنفقها^(١٢) علم بالزيادة ومع ذلك أنفق، ليس له أن يردّه؛ لأنه رضي بذلك وإن كان لا يعلم له ذلك^(١٣) لأنه ما استوفى حقه بتمامه؛ لأنه فات وصف الجودة.

وأما فيما يسترد ما قضى من دينه من خلاف جنس ما عليه وفيما ليس له ذلك:

رجل استقرض من رجل دراهم بخارية^(١٤) ببخاري ثم إن من له الدراهم لقيه في بلد ليس بها دراهم بخارية وطالبه بها فإنه يؤجله قدر ما يذهب وتجيء ويعطيه مثلها ويستوثق منه على ذلك كفيلاً^(١٥) ولو أعطاه غيرها وهو لا يعلم به فإنه يسترده ويعطيه مثلها ليصل إلى كل واحد منهما^(١٦) مثل حقه.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١٢) في «ج»: حين أنفقها: ساقطة.

(١٣) في «د»: له ذلك: ساقطة.

(١٤) في «ج» و«د»: بخارية. وفي «أ»: تحريية.

وأثبتنا الأول.

(١٥) في «ج»: كفيلاً.

(١٦) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١) في «ج» و«د»: الثالث.

(٢) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «ج»: على ذلك: ساقطة.

(٤) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «أ»: البائع. وأثبتنا ما في «ج» و«د».

(٦) في «د»: تمقّب.

(٧) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٨) في «ج» و«د»: تروح.

(٩) في «د»: البيع.

رجل أقرض رجلاً كراً حنطة عفن وقضه المستقرض واستهلكه ثم قضاه كراً جيداً فهذا على وجهين: إما أن قضاه ذلك بدعوى الطالب أنه^(١) كراً حنطة جيدة وصدقه في ذلك المطلوب ثم تصادقا أنه عفن، أو قضاه ذلك من غير شرط.

ففي الوجه الأول: له أن يسترد الجيد ويعطيه كراً مثل كره؛ لأنه أقرض أن حقه في العفن، وقد أخذ زيادة على حقه فله أن يرجع.

وفي الوجه الثاني: ليس له أن يرجع؛ لأنه تبرع بأداء الزيادة فليس له أن يرجع بذلك.

وأما فيما يقع إبراء عن الذين فيما بينه وبين الله تعالى وفيما يقع إبراء مطلقاً وفيما لا

يقع:

رجل له على رجل ألف درهم [دين]^(٢) فأنكر المطلوب ذلك فصالحه الطالب على مائة درهم، فقال له: صالحتك على مائة درهم من الألف التي لي عليك أو أبرأتك عن البقية أو لم يزل فذلك جائز ويبرأ المطلوب في الظاهر ولم^(٣) يبرأ فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه مضطر في هذا الصلح معنى والرضى شرط جواز الصلح.

ولو اشترى رجل^(٤) عبداً وأبرأه من العيوب أو صالحه على شيء قبل أن يقبضه ثم حدث عند البائع عيب آخر لم يكن له أن يرده بذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. وقال محمد رحمه الله تعالى: له أن يرده إذا حدث بعد البراءة أو الصلح. محمد رحمه الله تعالى يقول: إن البراءة عن العيب الحادث بعد الصلح قبل القبض حصلت قبل الوجوب وقبل وجود سبب الوجوب؛ لأن حق الرد للمشتري إنما يثبت بسبب العيب، والعيب لم يكن فعلى هذا الطريقة لو أبرأه عن [العيب]^(٥) القائم^(٦) والحادث بعد الصلح قبل القبض لا يصح عن محمد رحمه الله تعالى، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن البائع بهذا الصلح طلب من المشتري تغيير^(٧) صفة العقد في أن لا يبقى موجباً صفة السلامة وهما يملكان التغيير^(٨)؛ لأن العقد إنما العقد موجباً صفة السلامة^(٩) حقاً لهما فيملكان تغييرها^(١٠) والله أعلم.

- (١) في «د»: ساقطة. (٢) في «أ»: ساقطة.
 (٣) في «ج»: و«د»: ولا. (٤) في «ج»: و«د»: ساقطة.
 (٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «أ»: و«د»: ساقطة.
 (٧) في «ج»: و«د»: تغيير، وفي «أ»: تعين، ولعله تصحيف. ولذا أثبتنا الأول.
 (٨) في «ج»: التعير وفي «أ»: التمين، وأثبتنا ما في «ج» و«د».
 (٩) في «ج»: وهما يملكان... السلامة: ساقطة.
 (١٠) في «أ»: تعينهما، وفي «ج»: تغييرهما، وفي «د»: تعيرها، وأثبتنا الأخير.

الفصل الثاني

فيما يجبر على قبول^(١) الحق وفيما لا يجبر إلى آخره

رجل له على رجل آخر ألف درهم فخرجا إلى الطريق فأخذهما اللصوص فأعطى المطلوب ما عليه للطالب فأراد الطالب أن لا يأخذه فإن كان اللصوص^(٢) استولوا عليهما فله أن يمتنع عن القبول؛ لأن المال صار في أيديهم وصار كمن كفل بنفس رجل ثم سلمه إليه في المفازة لا يكون هذا تسليمًا؛ لأنه سلمه في موضع لا يقدر على استبعده حقه منه فكذلك ما هنا.

وأما فيما يجوز الصلح وفيما لا يجوز:

رجل اشترى من [رجل]^(٣) آخر ضيعة، ثم إن البائع باعه من رجل آخر^(٤) ثم إن المشتري الثاني أخذ الضيعة فأراد الأول أن يخاصمه فقال الثاني: صالحني على مال معلوم وانترك الضيعة في يدي ففعل فهذا صلح جائز وتصير الضيعة ملكًا للثاني من جهة الأول وليس له أن يسترد ما أعطاه على هذا الشرط وقول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: ظاهر؛ لأنهما يريان بيع العقار قبل القبض فأما عند محمد رحمه الله تعالى: فهو باطل؛ لأنه لم ير^(٥) ذلك.

رجل أوصى إلى ابنه وأجنبي آخر وأوصى بأن يحج عنه فأعطاه ثلاث مائة^(٦) إلى رجل ليحج عنه فذهب ذلك الرجل بعض الطريق ثم بدا له فرجع من غير عذر^(٧) فصالح به والوصي بما أعطى على بعضه فهذا الصلح غير جائز عند محمد رحمه الله تعالى؛ لأن هذا صلح عما هو حق الوارث وليس للورثة ذلك^(٨)، فلهما أن يأخذا منه ما حط. وعلى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن لم يكن وارث غير المصالح فإن الصلح حائز بعد أن يكون بقي من المال ما يحج عنه وإن كان معه وارث آخر لم يجز في حصة ذلك الوارث وجاز في حصته؛ لأن هذا في الحقيقة ملك الوارث لوجود دليله وهو سبب الزوال منه وهو الموت؛ لأنه لا يبقى أهلاً للملك^(٩) فثبت الملك للورثة إلا أن الشرع أبقاء على منكه لحاجته فقبل أن يصرف إلى حاجته فهو ملك الوارث لوجود الدليل فإذا رجع عنه بحصول غرض الميت كان هذا مال الورثة في يده ولهذا إذا أفرزوا الثلث لتنفيذ وصاياه فهلت في يد

(١) في «ج»: قول. (٢) في «ج»: و«د»: فأعطى... اللصوص: ساقطه. (٣) في «أ»: ساقطة. (٤) في «ج»: وفي «أ»: ثلاث مائة. (٥) في «ج»: يرد. (٦) في «ج»: و«د»: علة. (٧) في «ج»: و«د»: ساقطة. (٨) في «ج»: للموت. (٩) في «ج»: و«د»: ساقطة.

الوصي يهلك من جميع المال فإذا صالح فقد صالح عن حقه فيجوز.

ولو صالح على أن يبيت على سطح بيت ادعاء سنة جاز؛ لأنه صلح وقع على^(١) مجهول على منفعة معلومة فحازت واستنجار السطح للبيتونة في روايتان. في رواية: يجوز. وفي رواية: لا يجوز. ولو استأجر العلو للبناء عليه لا يجوز. والفرق وهو أن استنجار السطح للبيتونة استنجار العلو في الحاصل للسكنى في الليالي ودا السكنى في الأيام جائز فكذا في الليالي^(٢). وأما استنجار العلو للبناء استنجار للمجهول؛ لأنه قدر^(٣) ما يبنى عليه مجهول. وهذه الجهالة توقعها في المنازعة بخلاف الأرض؛ لأن جهالة قدر البناء إذا كانت المدة معلومة في الأرض لا توقعها في المنازعة؛ لأن نقل البناء على الأرض مما لا يضر بالأرض.

ولو صالحه على مسيل ماء لم يجز؛ لأنه صالحه على مجهول يحتاج فيه إلى التسليم؛ لأنه حمل بدل الصلح محرد المنفعة وهو حق^(٤) المسيل وإنما هي^(٥) مجهولة فإنه لم يذكر فيها وقتاً ولهذا لا يصلح أن يكون عوضاً في البياعات والإجازات هذا إذا لم يوقت لذلك وقتاً^(٦). وأما إذا وقت، اختلف المتأخرون فيه، والصحيح أنه لا يجوز؛ لأنه إن زالت جهالة المدة بقيت جهالة المقدار.

ولو تدلى غصن شجرة في دار جاره فصالحه على دراهم ليقر غصنه في هواء داره لم يجز؛ لأن الغصن ينمو فلا يدري أنه كم يجب على صاحب الدار تسليم الهواء إليه فكان الصلح واقعاً على منفعة مجهولة.

ولو صالح من دعواه على^(٧) شيء على سكنى بيت شهراً جاز؛ لأنه صالحه على منفعة معلومة، ولو ادعى عليه دعوى فصالحه منه على صوف غنمه يعجزه من ساعته جاز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولم يجز في قول محمد رحمه الله تعالى. محمد يقول: هذا صلح وقع على مجهول يحتاج فيه إلى التسليم؛ لأن موضع الجز مجهول من حيث العرف والعادة فإنه قد يجز جزاً ناعماً وقد يجز جزاً غير ناعم^(٨)، ولهذا لم يجز بيع الصوف على ظهر الغنم بخلاف ما لو وقع الصلح على قوائم الخراف؛ لأن موضع القطع معلوم من حيث العرف والعادة ولهذا جاز بيع قوائم الخراف.

أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: هذا صلح ترجح فيه ما يوجب الجواز على ما يوجب الفساد؛ لأن هذا الصلح جائز في زعم المدعي؛ لأنه يستوفي بعض حقه ويترك بعض حقه، وفي^(٩) زعم المدعي عليه جائز من وجه من حيث إن المصالح عليه مرئي

- | | |
|---------------------|---|
| (١) في «ج»: من. | (٦) في «ج»: ولهذا لا يصلح... لذلك وقتاً. |
| (٢) في «ج»: الثاني. | (٧) في «ج»: في. |
| (٣) في «ج»: مقدار. | (٨) في «د»: وقد يجز جزاً غير ناعم: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: وأنها. | |

مشار إليه، ولهذا يحوز همة الصّوف إذا سلط على الجز، فسد من وجه من حيث إن موضع القطع مجهول فيحكم بالحواز؛ لأن جانب الحل إذا ترجع لم يكن للمحرمة عبرة فكذا جانب الجواز إذا ترجع لم يكن^(١) للفساد عبرة.

ولا يجوز الصلح في قسمة الديون قبل أن تقبض؛ لأن القسمة إقرار من وجه ومبادلة من وجه، وكلاهما لا يتحققان في الدين.

إذا قال الغاصب: المغصوب عندي^(٢)، وقال صاحبه: هلك فصالحه على طعام إلى أجل جاز، ولو قال الغاصب: هلك، وقال صاحبه: لم يهلك، لم يجز الصلح؛ لأن القول: قول الغاصب في البقاء والهلاك؛ لأنه صاحب اليد، وصاحب اليد أعلم بحال ما في يده، ففي الوجه الأول: صار بائعاً العين بالدين، وفي الوجه الثاني: صار بائعاً الدين بالدين^(٣).

ولو أكرهه رجل من غير السلطان على صلح وشهر عليه سلاحه ليلاً أو نهاراً [فصالح]^(٤) لم يجز الصلح في قولهم؛ لأن الإكراه يعدم الرضى، والصلح لا يصح من غير رضى، ولو كان بالليل من غير سلاح لم يجز، ولو كان نهاراً جاز في قولهم والسفر مثل الليل أو حيث لا يقدر على أحد يغيثه^(٥)؛ لأن الحسبة ونحوه يلبث [فيه]^(٦) فيمكنه دفع شره عن نفسه بالنهار في المصر بالاستعانة بالناس فإذا لم يستعن^(٧) وصالح كان راضياً. فأما في الممارة أو في المصر ليلاً لا يمكنه الاستعانة^(٨) فيتحقق الإكراه فلم يكن راضياً وتعامه يأتي في كتاب الإكراه إن شاء الله تعالى.

ولو ادعى المستودع هلاك الوديعة وكذبه صاحبها ثم صالح على دراهم لم يجز في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: هو جائز. وكذلك العارية [والإحارة]^(٩) والمضاربة والصناعة^(١٠) وكل شيء هو فيه أمين. واختلف المتأخرون على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى منهم من قال: كقول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ومنهم من قال: كقول محمد رحمه الله تعالى. وهو الصحيح هو يقول: هذا صلح وقع بعد ثبوت البراءة في قول^(١١) المدعي؛ لأن قول الأمين يتعدى إلى غيره وهو المودع فتتعدى البراءة إليه. هما رحمهما الله تعالى يقولان: هذا صلح وقع قبل ثبوت البراءة في حق المدعي؛ لأن المال واجب في زعم المدعي بنفس الدعوى لو^(١٢) ثبتت البراءة إنما ثبتت بقول المدعي وقول الأمين يقبل فيما يدعي الخروج عن الأمانة لكن مع اليمين فما^(١٣) لم يحلف

(٨) في وجه الاستعانة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «أ»: الصناعة.

(١١) في «أ»: حق.

(١٢) في «أ»: لم.

(١٣) في «أ»: فإن.

(١) في «أ»: للمحرمة... لم يكن: ساقطة.

(٢) في «أ»: حيدي.

(٣) في «أ»: بالدين. وفي «أ»: بالعين، وأثبتنا الأول.

(٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «أ»: يعينه.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: يستغث.

لا تثت البراءة في حق المدعي.

ولو ادعى رجل على رجل أنه وهبه العبد الذي في يد الواهب وقبضه وجحد صاحبه ثم صالحه على شيء جاز؛ لأن الملك ثابت في زعم المدعي فكان هذا صلحاً عن ملك ثابت في زعم المدعي فيجوز ولو قال: لم أقبض الهبة وصالحه على شيء لم يجز؛ لأن الملك في زعم المدعي غير ثابت، والصلح وقع عن^(١) ملك غير ثابت فلم يجز^(٢) فإن راده الموهوب له درهماً وأخذ نصف العبد جاز؛ لأنه اشترى نصف العبد منه بهذا الدرهم فيجوز.

ولو ادعى رجل^(٣) على رجل مجهول أنه عبده فأنكر ثم صالحه على مائة جاز، وكان ذلك بمنزلة العتق؛ لأن في زعم المدعي أنه باع نفسه منه [بما]^(٤) يأخذ بهذا الصلح فيكون معتقاً له بما يأخذ منه^(٥) وأنه جائز وفي زعم المدعي عليه أنه أعطى مالاً فداء عن الخصومة وأنه جائز لكن لا ولاء^(٦) له^(٧)؛ لأن العتق غير ثابت في زعم لمدعي عليه فإن أقام المدعي بعد ذلك بيّنة على أنه عبده لم يقبل؛ لأنها لو قبلت تبين أنه باع نفسه منه^(٨) بما أخذ فتبين أنه كان مبطلاً في الدّعوى في إقامة البيّنة.

وما جاز عليه الكتابة من العروض والحيوان يجوز لو صالح^(٩) العبد عليه؛ لأن هذا في زعم المولى إعتاق إياه على مال والإعتاق على حيوان وعلى^(١٠) عروض، جائز كذا هنا.

ولو أقام المدعي عليه بيّنة أنه كان عبداً لفلان أعتقه عام أول لم يقبل منه ولم يرجع عليه بالبيّنة^(١١)؛ لأن بهذه البيّنة لا يتعين^(١٢) فساد دعوى المدعي وقت الصلح؛ لأن المدعي عليه يمكنه تصحيح دعواه وقت الصلح بأن يقول إن فلاناً حين أعتقك لم يكن مالكاً بل كان^(١٣) غاصباً غصبك مني. ألا ترى: أنه لو أقام البيّنة على هذا تسمع بيّته. ولو أقام بيّنة [على]^(١٤) أنه حر الأصل من الموالي أو من العرب من^(١٥) الأبوين يرجع عليه بالمائة؛ لأن بهذه البيّنة تبين فساد دعوى المدعي وقت الصلح؛ لأن دعوى المدعي الرّق مع قيام البيّنة على حرية الأصل^(١٦) لم تصح؛ لأن القضاء بالرق مع قيام البيّنة على حرية الأصل متعذر فوجب القضاء بأكثر البيّتين إثباتاً وهو بيّنة المدعي عليه؛ لأن حرية الأصل أثبت من الرّق.

ولو صالح الموصى له بخدمة عبد أحد الورثة على دراهم على أن يخدم الوارث

- | | |
|-------------------------|--|
| (١) في «ج»: على. | (٩) في «ج» و«د»: إن يصلح. |
| (٢) في «ج»: فلم يجز. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١١) في «ج» و«د»: بالمائة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «لا يتعين». |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ولاية. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٥) في «ج» و«د»: حر. |
| (٨) في «ج»: ساقطة. | (١٦) في «ج» و«د»: لم تصح... حرية الأصل. ساقطة. |

خاصة تلك المدة لم يجر، وكذلك لو أجره منه؛ لأنه تملك المنفعة من أحد الورثة بعرض والموصى له بالخدمة ملك المنفعة بغير عوض [فلا يملك التملك من غيره بعرض] ^(١) كالمستعير لا يملك أن يؤجر. ولو صالحهم جميعاً [جاز] ^(٢)؛ لأن الصلح تملك وإسقاط وهنا إن تعذر تصحيحه تملكاً أمكن تصحيحه إسقاطاً من كل وجه. ألا ترى: أنه لو صالحه عن القصاص جاز وهذا إسقاط من كل وجه، وهنا أمكن تصحيحه إسقاطاً؛ لأن المنافع قابلة للإسقاط متى هلكت بغير عوض ولو باع منهم خدمته لم يجر؛ لأن البيع لا يكون إلا تملكاً وقد تعذر تصحيحه تملكاً.

ولو كان أوصى له بغلة عبده فأجره من بعض الورثة جاز فكذلك لو أحرره منهم، وكذلك غلة الدار؛ لأن الموصى له بالعملة يملك الإجارة من الأجنبي؛ لأن الغلة لا تحصل إلا بالإجارة، فصار مأذوناً له من جهته بالإجارة فإذا جازت الإجارة من الأجنبي جازت من الوارث. فأما الموصى له بالخدمة إذا أجر من الأجنبي لا يجوز؛ لأنه غير مأذون بالإجارة فكذا إذا أجر من الوارث.

ولو أوصى له بما في بطن أمته فصالح ^(٣) الورثة على دارهم ثم ولدت ميتاً لم يجر الصلح؛ لأنه لما ولدت ميتاً ظهر أنه أوصى بالميت؛ لأن عدم الحياة أصل والحياة عارض، ولهذا لا يصلى عليه، ولا يرث والوصية بالميت باطلة، وإذا بطلت الوصية بطل الصلح؛ لأنه بناء عليه وإن اعتقوا الأمة ضمنوا قيمة الولد له لو ولدته حياً؛ لأن الجنين قد عتق يعتق الأم ^(٤) وإن لم يكن ملكاً لهم؛ لأن الجنين جزء من أجزاء الأم فيستحيل أن تعتق الأم، ولا يعتق جزء من أجزائها فظهر أن الورثة أثلفوا حق الموصى له من الجنين.

ولو أوصى بما في بطن بقرته فذبحها الورثة لم يضمّنوا قيمة العجل. قالوا. وهذا [على] ^(٥) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما رحمه الله تعالى. صمنا ويكون للموصى له خيار إن شاء ترك الولد عليهم وضمّنهم قيمة الولد، وإن شاء أخذ الولد، وصمّنهم التقصان، وهذا الاختلاف ^(٦) راجع إلى أن الجنين [أهل يتذكى بذكاة الأم] ^(٧)؟

ولو قتلوا الأمة الحبل لم يضمّنوا لصاحب الحبل؛ لأنه لم يثبت حياة الولد وقت الوصية لا حقيقة ولا حكماً؛ لأن الولد انفصل ميتاً، فلم تثبت صحة الوصية، وهذه المسائل تفريع ما قدمنا، فذكرناها هنا.

وأما فيما يجوز صلح الفضولي وفيما لا يجوز:

ولو ادعى رجل على رجل دعوى في دار أو حقاً عليه فصالحه رجل عن المدعي قبله

(٥) في «أ»: ساقطة.
(٦) في «ج»: ردد: العلام.
(٧) في «د»: أنه.

(١) في «أ»: ساقطة.
(٢) في «أ»: ردد: ساقطة.
(٣) في «ج»: ردد: الأجنبي... فصالح: ساقطة.
(٤) في «ج»: ردد: الأم. وفي «أ»: الأمة، وقد أثبتنا الأول.

بغير أمره على شيء جار، ولا يلزم المصالح شيء إلا أن يضمن ذلك منه فيأخذه به، وهذه المسألة على خمسة أوجه: إما أن يقول الفضولي: صالح فلاناً على ألف درهم من دعواك على فلان، أو قال: صالحك على ألف درهم من دعواك على فلان، أو قال: صالحني على ألف درهم، أو قال: صالح فلاناً على ألف درهم من مالي إلى آخره أو قال: صالح فلاناً على ألف على أي لها ضامن إلى آخره.

ففي الوجه^(١) الأول. يتوقف هذا الصلح على إجازة المدعى عليه؛ لأن المصالح سفير في هذا الصلح؛ لأنه أضاف العقد إلى المدعى عليه فيتوقف على إحارته، فإذا أحاز كان المال عليه؛ لأن حقوق العقد أبداً ترجع إلى من كان العقد مضافاً إليه.

وفي الوجه الثاني: اختلف المشايخ؟ منهم من قال: الجواب في هذا الوجه كالجواب في الوجه الأول، ومنهم من قال: الجواب فيه كالجواب في وجه الثالث والرابع والخامس. وفي الوجه الثالث والرابع والخامس: ينفذ الصلح على الفضولي، ويلزمه المال، ولا يرجع بالمال على المدعى عليه.

أما في الوجه الثالث؛ لأنه أضاف العقد إلى نفسه وهذا العقد مما يجوز على غير من حصل له منفعة هذا العقد؛ لأنه تملك المال من الغير، وإنما فيه إسقاط على الغير وهو اليمين والخصومة، وإسقاط حق الغير بيد يجب على الغير جائز، كما في قضاء الذين من المتبرع، ومتى نفذ العقد عليه لم يرجع بالمال على المدعى عليه؛ لأنه كان بغير أمره.

وأما في الوجه الرابع: فلا يضاف البذل إلى ماله وإضافة البذل إلى ماله كإضافة العقد إلى نفسه، فإن من قال: اشتر عبداً بألف من مالي كان بمنزلة قوله: اشتر لي. حتى لو اشترى بغير الأمر بخلاف ما لو قال: اشتر عبداً بألف درهم.

وأما في الوجه الخامس: فلأن قوله: على أي ضامن له لا يمكن أن يحمل على ضمان الكفالة؛ لأن الكفيل متحمل عن الأصيل، ولم يجب على الأصيل شيء؛ لأنه بغير أمره، فحمل على ضمان العقد، فصار كأنه قال: صالح فلاناً على أن بدله، [علي] (٢) ولا يكون الحق الذي ادعى للمصالح، وهذا تطوع منه؛ لأن المدعى عليه لو صالح بنفسه وهو مكر لا يملك شيئاً من جهة المدعي، وإنما يسقط عنه اليمين لا غير مع أنه نفذ العقد عليه، فإذا نفذ الصلح على الفضولي أولى أن لا يملك.

ولو ضمن له ما صالحه عليه وكان الدراهم فاستحق رجوع عليه بمثلها، وكذلك لو وجدها زيفاً؛ لأن الصلح لم يتعلق بمك الدراهم فلا يفسخ بفواتها فوجب مثلها على المصالح.

ولو صالحه على عبد بعينه فاستحقه وجب له الرجوع على الذي صالحه شيء؛ لأن الصلح يتعلق بعين العبد فتنسخ بفواته فعاد المدعي إلى الدعوى.

(١) في «د»: ساقطة.

(٢) في «د» و«ج»: ساقطة. وفي «د»

وأما فيما يستحق بدل الصلح فيرجع ببذل المستحق أم بأصل الذعوى:

ولو ادعى حقاً في دار فصالحه على دراهم ثم استحق أكثرها لم يرجع بشيء؛ لأن للمدعي أن يقول: أخذت العوض عما لم يستحق من الدار؛ لأنني ادعيت حقاً فيها أو بعضها، ولو استحققت الدار رجوع عليه بما دفع إليه من الدراهم؛ لأن في زعم المدعي أنه أخذ العوض عما يستحق عليه فيلزمه ردّ العوض.

ولو ادعى نصف الدار، وقال: نصف للذي هي في يديه فصالحه على دراهم، ثم استحق نصف الدار رجوع عليه بنصف الدراهم^(١)؛ لأن المدعي أقر أن الدار مشتركة بينهما فإذا استحق نصفاً منها كان الاستحقاق من النصيبين فقد استحق نصف ما وقع الصلح عنه فيلزمه ردّ نصف العوض، ولو^(٢) قال المدعي: نصفها لي، والنصف الآخر لفلان يريد به غير المستحق، أو قال: لا أدري لمن هو؟ لم يرجع عليه بشيء حتى يستحق الدار كلها أو أكثر من النصف.

أما الأول: فلأن إقرار المدعي بالشركة لغير المدعى عليه لم يصح؛ لأنه أقر بما في يد غيره فعاد^(٣) كأنه ادعى النصف لنفسه وسكت.

وأما الثاني: فلأنه لما ادعى النصف فقد أقر أن الدار مشترك بينه وبين غيره، لكن لم يعين الشركة، فلعل المستحق هو الشريك.

ولو صالحه على خدمة عبده سنة فقتل العبد خطأ فأخذوا قيمته، فهو بالخيار إن شاء اشترى بها عبداً يخدمه^(٤) سنة وإن شاء ترك، فكان على دعواه في قول أبي يوسف. وقال محمد: إن قتل العبد أو كان بيتاً فانهدم حتى لا يمكن انتقاض الصلح وعاد على دعواه. محمد يقول: إن الصلح إذا وقع على المنفعة يعتبر^(٥) إجارة من كل وجه إذا كان اعتباره إجارة من كل وجه لا يوجب فساد الصلح. ولهذا شرط التأقيت للجواز بالإجماع، فلو كان استيفاء لغير الحق لجاز من غير توقيت، وإذا كان اعتباره إجارة من كل وجه يوجب فساد الصلح يعتبر استيفاء بغير الحق احتيالاً على الجواز ويعتبر إجارة فيما يدعي^(٦) عدا الجواز، وهذا ليس في اعتبار الصلح إجارة من كل وجه لفساد الصلح^(٧) لأن إجارة العبد برقية الدار جائز.

ومن استأجر عبداً فقتل تنفسخ الإجارة. أبو يوسف يقول: إن الصلح إذا وقع على المنفعة يعتبر إجارة من وجه استيفاء الحق من وجه، فإن كان اعتباره إجارة من كل وجه لا يوجب فساد؛ لأنه لو وقع على العين^(٨) اعتبر بيعاً من وجه استيفاء لعين الحق من وجه

(١) في «د»: الدار.	(٥) في «د»: يعتبر. وفي «أ» و«ج»: بعير، وأتينا الأول.
(٢) في «د»: ساقطة.	(٦) في «د»: ساقطة.
(٣) في «د»: فصار.	(٧) في «أ» و«ج»: ساقطة.
(٤) في «د»: الخدمة.	(٨) في «د»: الغير.

وإن كان اعتباره بيعاً من كل وجه [لا يوجب فساداً]^(١) وإذا ثبت هذا فقول لا يحوز الصلح بدون التوقيت؛ لأنه يقع الشك في الجواز، ولا يجوز بالشك.

وإذا مات إلى خلف وقع الشك في الانتفاض فينتقض باعتبار أنه إحارة، ولا ينتقض باعتبار أنه استيفاء لعين^(٢) الحق بل يتعلق بالقيمة؛ فلأن المدعي لو كان مستوفياً عين^(٣) حقه كما يدعيه باعتبار الرقبة ينتقل حقه إلى القيمة فلا ينتقض بالشك ولو لم يقتل العبد ولم يهدم البيت ومات أحدهما لم تبطل الخدمة والسكنى في قول أبي يوسف، وقال محمد يبطل ما بقي، ويرجع بحصة دعواه، وهذا الاختلاف بناء على أن عند محمد: اعتبر هـ إجارة من كل وجه فينتقض أحدهما، وعند أبي يوسف: اعتبر إجارة من وجه استيفاء لعين الحق من وجه فيقع الشك في الانتفاض.

ولو ألقى رجل على رجل دم عمه فصالح رجل ثالث على عبد له فاستحق العبد ضمن له المصالح قيمة عبده؛ لأن الصلح لم يفسخ بالاستحقاق^(٤) فبقي^(٥) النيب الموجب لتسليم العبد وقد عجز فيضمن قيمته.

ولو كانت أمة فولدت ولداً ثم استحققت ضمن قيمة الأمة [ولم يضمن قيمة الولد]^(٦) وكذلك الشجر؛ لأن المصالح إنما يضمن باستحقاق ما ورد عليه عقد الصلح، وعقد الصلح^(٧) إنما ورد على الأمة والشجر دون الولد والثمر.

بحث في المهايأة

وأما فيما تجوز المهايآت وفيما لا تجوز:

داران بين رجلين فتهايأ على^(٨) أن يسكن كل واحد منهما داراً ويؤاجرها جاز، وإن زادت غلة^(٩) إحداهما [حاز]^(١٠) ولم تفسد؛ لأنهما تهايأ في السكنى والاستغلال جميعاً والتهايؤ: قسمة المنفعة، فيعتبر بقسمة العين، ولو اقتسما العين على هذا الوجه بتراضيهما جاز، فكذلك قسمة المنافع وشرط الإجارة مع التهايؤ في السكنى يدل على أنهما لا يملكان الاستغلال بالإجارة، وبالمهايآت في السكنى من غير شرط الإجارة، ولو كانت الدار واحدة تهايأ في غلتها يأكل هذا سنة وهذا سنة جاز إن استوت الغلتان، وإن فضلت [في]^(١١) سنة اشتركا في الفضل نصفين والفرق: أن المهايآت وإن كانت قسمة للمنافع، وهذا يوجب أن

(١) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(٢) في «د»: لعين، وفي «ج»: لغير، وقد أثبتنا الأول.

(٣) في «د»: لعين، وفي «ج»: غير وقد أثبتنا الأول.

(٤) في «أ»: من قوله [أهل يتذكى بدكاة الأم ص ٢٣ إلى قوله.... لأن الصلح لم يفسخ بالاستحقاق]

ص ٢٦: ساقطة وهي في «ج» و«د».

(٥) في «ج»: ففي. (٦) في «أ»: ساقطة. (٧) في «ج»: وعند الصلح: ساقطة.

(٨) في «ج» و«د»: ساقطة. (٩) في «ج»: عليه.

(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «أ»: ساقطة.

يكون الأجر كله للأجر؛ لأنه أجر الكل لنفسه بإذن شريكه إلا أن المهايأة في الذار الواحدة مع كونها قسمة المنافع على صورة القرض فإن صورة القرض أخذ عاجل بأجل وقد وحد^(١) هذا المعنى في الذار الواحدة، ولو كان قرضاً حقيقة كان مضموناً بالمثل، فكذا إذا كان على صورة القرض، فأما في الذارين لم توحّد صورة القرض؛ لأنه عاجل بعاجل بقيت المهايأة قسمة للمنافع فتكون إفرازاً^(٢) من وجه مبادلة من وجه فكان كل واحد منهما مؤاحراً لنفسه بإذن شريكه، ولو أجر بغير إذن شريكه كان الآخر كله له لكن لا يطيب له النصف فإذا أجر^(٣) بإذن شريكه طاب [له]^(٤).

ولو كانا عبيدين فتهاياً في خدمتهما سنة وسنة حاز؛ لأن قسمة العين بتراضيهما على [هذا]^(٥) جائز عند الكل وإن كان لا تحوز قسمة العبيد بغير تراضيهما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فكذا قسمة المنافع على هذا الوجه [جائز]^(٦) بالتراضي عند الكل وبغير تراضٍ لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو^(٧) تهاياً في غلتهما يأكل هذا غلة غيره سنة والآخر غلة العبد الآخر سنة لم يجوز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز في الغلة والخدمة

ولو كان عبداً واحداً تهاياً في خدمته هذا شهراً^(٨) وهذا شهراً [في قولهم جميعاً]^(٩) ولا يجوز التهايو في الغلة إلا أن تستوي الغلتان [في قولهم]^(١٠) هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن^(١١) التهايو في العبدین في الاستغلال إفراز من وجه مبادلة من وجه؛ لأن التفاوت بينهما في الاستغلال تفاوت يسير متى استويا في النظر والمنظر والحرفة؛ لأنهما لا يتفاوتان في مقدار الغلة وإن كان إفرازاً من وجه مبادلة من وجه لم يتمكن الزبا بسبب الجنس؛ لأن النساء باعتبار الجنس إنما يحرم في المبادلة من كل وجه لا في المبادلة من وجه، وصار كالذارين، فرق: بين العبدین وبين العبد الواحد والفرق أن التهايو في العبد الواحد في الاستغلال مبادلة من كل وجه؛ لأن التفاوت بين التصيين [في العبد الواحد]^(١٢) تفاوت فاحش؛ لأنه يتمكن من وجهين: أحدهما^(١٣): أن نصيب أحدهما نقد ونصيب الآخر نسيئة؛ لأنه يبرأ أحدهما لا محالة. والثاني: أن بينهما تفاوتاً في مقدار الاستغلال؛ لأن العبد لا يستأجر في الشهر الثاني وقد ضعف بسبب العمل في الشهر الأول بمثل ما استأجر في الشهر الأول فكان التفاوت فاحش ومتى فحش التفاوت لا يمكن اعتبار الإفراز فاعتبر مبادلة من كل وجه فيتمكن الزبا بحلاف من لو تهاياً في العبد الواحد للخدمة حيث يجوز وهي من مسائل الأصل. أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن فحش التفاوت بين العبدین في الاستغلال؛ لأن العبدین قد يتفقان في النظر

(٨) في «أ» : ساقطة.
(٩) في «ج» : هذا شهر ساقطة.
(١٠) في «أ» : ساقطة.
(١١) في «ج» : ساقطة.
(١٢) في «أ» : ساقطة.
(١٣) في «ج» : ساقطة.

(١) في «ج» : جعل.
(٢) في «د» : إقرار.
(٣) في «ج» و«د» : ساقطة.
(٤) في «أ» و«د» : ساقطة.
(٥) في «أ» : ساقطة.
(٦) في «أ» : ساقطة.
(٧) في «د» : ساقطة.

والمنظر والحرفة ثم يستأجر أحدهما بضعف ما يستأجر به الآخر لزيادة حذاق لأحدهما وإذا فحش التفاوت وتعدّر اعتبار معنى الإفراز مكان مبادلة من كل وجه فيتمكن الرّبا بسبب الجنس فلا يجوز وإن كان تراصيهما.

ولو كانا دابّتين فتهاياً على أن يركب هذا هذه شهراً ويأكل غلتها^(١) شهراً ويركب الآخر الأخرى شهراً ويأكل غلتها^(٢) شهراً جار في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز في ركوب ولا غلة.

أما الكلام في الاستغلال في تهايؤ العبيدين في الاستغلال^(٣). وأما الكلام في الرّكوب: هما سويّا بين الدّابّتين وبين العبيدين. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى فرق وقال: التهايؤ بين العبيدين في الخدمة يجوز والتهايؤ بين الدّابّتين في الرّكوب لا يجوز. والفرق له رحمه الله تعالى: أن التفاوت في الرّكوب تفاوت فاحش. ألا ترى: أنه لو أجزر الدّابة للرّكوب ولم يبيّن الرّاكب كانت الإجارة فاسدة فإذا فحش اعتبر مبادلة من كل وجه فيتمكن الرّبا [فلا يجوز]^(٤) فأما التفاوت في الخدمة يسير. ألا ترى: أنه لو أجزر عبداً لخدمة ولم يبيّن المستخدم كانت الإجارة جائزة ومتى كان التفاوت يسيراً كان إفرازاً من وجه [مبادلة من وجه]^(٥) فلا يتمكّن الرّبا. هذا هو الكلام في الدّابّتين.

أما الكلام في الدّابة: ذكر الشيخ الإمام الراهد أبو بكر المعروف بخراهر زادة رحمه الله تعالى: أنه لا يجوز استغلالاً ولا^(٦) ركوباً عندهم جميعاً. وأما الاستغلال: فقد سوا بين الدّابة وبين العبد، وأما ركوباً: فقد فرقوا بين الدّابة وبين العبد فإن التهايؤ في العبد الواحد في الخدمة يجوز، والفرق أن التفاوت في الرّكوب تفاوت فاحش، وفي الخدمة يسير. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى سوى بين الدّابة والدّابّتين كما سوى بين العبد والعبيدين في الخدمة جوازاً وفي الاستغلال إفساداً، وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: فرقا بين الدّابة والدّابّتين ركوباً واستغلالاً كما فرقا بين العبد والعبيدين استغلالاً. والفرق لهما: أن في الدّابة الواحدة فحش التفاوت؛ لأنه تمكّن^(٧) من وجهين:

أحدهما: باعتبار الرّاكب فإن الناس يتفاوتون في الرّكوب.

والثاني: باعتبار التقد والنسيئة وإذا فحش كانت مبادلة من كل وجه فيتمكن الرّبا بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد فإن التفاوت ثمة ممكن من وجه واحد^(٨) وهو التقد والنسيئة فأما في الدّابّتين يمكن من وجه واحد باعتبار الرّاكب فكان يسيراً فكان إفرازاً من وجه مبادلة من وجه فلا يتمكّن الرّبا.

وأما التهايؤ في لبس الثوبين: من المتأخرين من قال: فهو على هذا الاختلاف لم يجز

(٥) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «ج»: يمكن.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(١) في «ج»: عليها.

(٢) في «ج»: عليها.

(٣) في «ج»: تهايؤ. . . في الاستغلال: ساقطة.

(٤) في «أ»: ساقطة.

عد أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وجاز عندهما رحمهما الله تعالى؛ لأن الناس يتفاوتون في اللبس، ولهذا لو أجز ثوباً للبس ولم يبين اللبس لم يجر كما لو استأجر دابة للركوب ولم يبين الركاب ولو كان داراً ومملوكاً نهياً على أن يسكن هذا^(١) سنة ويخدم هذا سنة جاز في قولهم جميعاً^(٢)، لأن إجارة الدابة^(٣) بخدمة العبد جائزة فأولى أن تحوز المهايأة، ولو نهياً في غلتهما لم يجر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وجاز في قولهما رحمهما الله تعالى. أما عندهما رحمهما الله تعالى فلأن المهايأة في استعمال الذار جائر وفي استعمال العبد الواحد إنما لم يجر عندهما رحمهما الله تعالى لتمكن التفاوت من وجهين. وها هنا لو حار تمكن من وجه واحد، وهو مقدار الغلة^(٤) لا من حيث النقد والنسيئة. وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أما في العبد؛ فلأنهما نهياً في استعمال العبد؛ لأن كل واحد منهما استغل العبد، أما الذي شرط العبد فلا شك، وأما الذي شرط له^(٥) الذار؛ فلأنه حصل له عرض منفعة العبد وهو منفعة نصف الذار^(٦) فيصير مستغلاً للعبد [معنى]^(٧) والتهايؤ في العبد الواحد استغلاً فاسداً عنده رحمه الله تعالى لمكان التفاوت في قدر الغلة، وأما في الذار؛ فلأن التهايؤ لما فسد في العبد صار شرطاً في التهايؤ بحكم اتحاد الصفة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فأوجب هذا الشرط الفاسد فساد التهايؤ في الذار.

ولو نهياً في أمتين للخدمة فرطى، أحدهما التي هي^(٨) عنده فولدت منه بطلت المهايأة ويستأنفان في الأخرى؛ لأن الذي وطى الأمة فعلقت منه صارت الأمة كلها أم ولد له فزالت الشركة في هذه الأمة فبطلت المهايأة؛ لأن محلها غير^(٩) مشترك ولو نهياً في نخل على أن يأكل [كل]^(١٠) واحد منهما غلة بعضها لم يجر؛ لأن غلة النخل قبل وجودها معدومة حقيقة حكماً؛ وحكي لأنها لم تجعل موجودة حكماً في حق التمليك بعموم وهو الإجارة حتى^(١١) تعتبر موجودة حكماً في حق القسمة وقسمة المعدوم لا يتحقق؛ لأنها إفرز من وجه مبادلة من وجه وكلا الأمرين لا يتحققان قبل الوجود.

عبد بين رجلين طلب أحدهما^(١٢) من القاضي المهايأة في الخدمة وأبى الآخر يجبره القاضي عليه؛ لأن التفاوت في الخدمة في العبد الواحد يسير فلا يعد تفاوتاً فصار كالمثلي فيجبر على المهايأة كالقسمة في المثليات.

وأما فيما يجوز تعليق الصلح والبراءة بالشرط وفيما لا يجوز:
ولو كان لرحل على رجل ألف درهم، فقال: أصالحك^(١٣) على أن أحط عنك

- | | |
|------------------------|---|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: «ده» غير. وفي «ه»: عين وأتينا ما في «ج» و«د». |
| (٣) في «ج»: الذار. | (١٠) في «ه»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: لا. ساقطة. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: «ده»: صالحتك. |
| (٧) في «ه»: ساقطة. | |

خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة اليوم وصالحه على ذلك حاز الصلح، وإن أعطاه اليوم سقط عنه ما قال، وإن لم يعطه اليوم عاد المال كله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يعود إلا بصفة

ولو قال: إن لم توقني اليوم فعليك ألف درهم ولم يعطه عادت الألف عليه في قوله جميعاً. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: هذا^(١) حط بغير عوض فلا يبطل الحط وجد النقد أو لم يوجد كما [لو]^(٢) لم يؤقت للنقد وقتاً^(٣) بأن قال: أصالحك على أن تحطت عك^(٤) خمسمائة على أن تعطيني خمسمائة وصالحه على ذلك وقبلة وإنما قلنا ذلك، لأنه لم يذكر للحط عوضاً سوى النقد في اليوم والنقد في اليوم لا يصلح عوضاً عن الحط؛ لأن [هذا النقد كان]^(٥) واجباً عليه قبل الصلح بخلاف ما لو قال: فإن لم توقني اليوم^(٦) فعليك ألف درهم؛ لأن الحط ما يبطل لفوات العوض^(٧)، وإنما يبطل لو حود شرط بعض^(٨) البراءة فإنه علق [بعض البراءة]^(٩) بعدم^(١٠) النقد في اليوم وقد وجد. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن هذا حط بعوض؛ لأنه حط عنه خمسمائة بشرط أن ينقذه خمسمائة اليوم، وهذا يصلح عوضاً عن الحط؛ لأن الطالب ينتفع به^(١١) فإن الإنسان قد يحتاج إلى المال في بعض الأوقات حاجة ماسة فيصلح النقد عوضاً وقد فات العوض فيبطل [الحط]^(١٢) بخلاف ما إذا لم يؤقت للنقد وقتاً؛ لأن النقد أيضاً ثمة صار عوضاً عن الحط لكن لم يفت؛ لأنه لم يذكر للنقد وقتاً وصار وقته العمر.

ولو قال: إن أديت إلي خمسمائة أو متى أو إذا أو نحوه فأنت بريء من الباقي لم يبرأ، وإن أدى؛ لأن هذا تعليق البراءة بخطر الفعل وذا [لا]^(١٣) يجوز، وكذلك لو قال^(١٤): إن دخلت داري فأنت بريء من ديني لم يبرأ بدخوله، وكذلك [لو]^(١٥) ذكر الصلح: أصالحك على أنك إن أديت إلي خمسمائة فأنت بريء من الباقي لم يبرأ؛ لأن هذا تعليق البراءة^(١٦) بخطر الفعل.

ولو قال: أنت بريء من خمسمائة على أن تؤدي إلي خمسمائة بريء من ساعته ويؤدي الباقي.

وكذلك لو كان عليه دنائير ودراهم، فقال: أنت بريء من الدراهم على أن تؤدي إلي الدنانير بريء من ساعته؛ لأن هذا صلح وليس تعليق البراءة بخطر الفعل ألا ترى: أنه قال

- | | |
|-------------------------|----------------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: بعد. |
| (٣) في «ج»: وقتاً. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: منك. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٤) في «ج» و«د»: لو قال. ساقطة. |
| (٧) في «د»: البعض. | (١٥) في «ج» و«د»: هذه الدار. |
| (٨) في «ج» و«د»: عوض. | (١٦) في «أ»: ساقطة. |

محمد رحمه الله تعالى: ليس بقمار والقمار تعليق بخطر الفعل.

ولو ادعى المرتهن الزهن وهو في يديه فجدد الزهن فقال^(١): ما رهنته عندك وديك بلا رهن فاصطلحا على [أن يهب]^(٢) المرتهن الزهن خمسين درهماً على^(٣) أن يجعل العقد^(٤) رهناً في يديه بمائة درهم كان [ذلك]^(٥) رشوة ولم يجز، لأن عقد الزهن عقد^(٦) إيفاء فيعتبر بحقيقة الإيفاء ولو أوفاه المديون المائة التي عليه على أن يهب الطالب خمسين درهماً أخرى كان باطلاً. وكان مرتشياً؛ لأنه أخذ مالاً لإقامة ما هو قرض عليه.

ولو صالح على أن يبرته من خمسين من تلك المائة على أن يقر بالزهن في يديه بخمسين درهماً جاز ذلك؛ لأن هذا في^(٧) زعم الزامن حط بعض الذين عنه على أن يوفي الزامن الباقي للحال؛ لأن عقد الزهن عقد إيفاء وأنه جائز كما لو قال صاحب الدين: حطت عنك خمسمائة على أن تنقد الخمسمائة الباقية.

ولو كان الزهن في يدي الزامن ولم يقبض فصالحه على أن يحط عنه درهماً أو على أن يقره درهماً آخر على أن يكون رهناً بذلك كله جاز الصلح.

أما الأول: فلأن هذا حط بعض الذين بشرط أن يوفي الباقي للحال بعقد الزهن وأنه جائز.

وأما الثاني: فلائهما اتفقا على^(٨) أن الزهن لم يصح فكان هذا رهناً مبتدأ بشرط أن يقرضه المرتهن مالاً آخر وأنه جائز.

ولو أن رجلاً^(٩) ادعى قبل رجل ألف درهم فجدده، فقال: أقر ليها على أن أعطيك مائة درهم إن أقر كان هذا الإقرار باطلاً^(١٠) ولو قال: أقر لي بها على أن أحط عنك مائة فأقر له كان جائزاً. والفرق: أن الإقرار حقيقة الإخبار عما كان للمقر له لا عن تملك متداً والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازاه.

وفي المسألة الأولى: قام دليل [على]^(١١) المجاز؛ لأن المقر قصد تملك المائة بالإقرار فعلم^(١٢) أنه أراد بهذا الإقرار التملك المبتدأ فحمل عليه فصار منزلة البيع وبيع^(١٣) الألف بالمائة لا يجوز.

وفي المسألة الثانية: لم يتم دليل المجاز؛ لأنه شرط له حط مائة والحط جائز وإن كن الإقرار إخباراً عن ملك كان المقر له فبقي إقراراً بالألف وصح حطه^(١٤)، وكذلك لو

- | | |
|--------------------|---|
| (١) في «ه»: ساقطة. | (٨) في «ج»: من. |
| (٢) في «ه»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ه»: ساقطة. | (١٠) في «ه»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١١) في «ه»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: العيد. | (١٢) في «ج»: على. |
| (٦) في «ه»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٤) أي حط مائة كما صرح به في «ج» و«د». |

قال: أقر لي بها على أن حططت عنك مائة فإنهما سواء ويلزمه تسعمائة. فرق بين المسألتين وبينما إذا قال: إن أقررت لي حططت عنك مائة فأقر بالآلف يصح لإقرار ولا يصح الحط، وفي المسائل أجمع: علق^(١) الحط [بالخطر، والفرق: أن في المسألة الأولى والثاني علق على الحط]^(٢) بخطر القبول؛ لأن كلمة على إنما تستعمل في العقود لتعليق الإيجاب بالقبول لا بالفعل. ألا ترى أن من قال لامرأته: أنت طالق على أن تعطيني ألفاً فقبلت وقع، أعطت أو لم تعط، وتعليق ما هو تمليك من كل وجه كالبيع والهبة بخطر القبول جائز فتعليق البراءة وأنها تمليك من وجه إسقاط من وجه أولى.

أما المسألة الثالثة^(٣): فلأنه علق الحط بخطر الفعل وتعليق البراءة بخطر الفعل لا يجوز.

وإذا صالح رجل امرأته على أن يطلقها على أن ترضع ولده ستين حتى تنطمه [إن]^(٤) زادها هو ثوباً بعينه مع ذلك وقبضت الثوب واستهلكته وأرضعت الضبي سنة ثم مات، فإن الزوج يرجع عليها إذا كانت قيمة الثوب والمهر سواء بنصف قيمة الثوب وسريع قيمة الرضاع؛ لأن الزوج بذل^(٥) للمرأة شيتين: الطلاق والثوب وقيمتها سواء، والمرأة بذلت شيئاً واحداً وهو الرضاع ستين، فانقسم الرضاع على الثوب والطلاق نصفين فصار الرضاع بإزاء جميع الثوب ونصف الرضاع بإزاء الطلاق إلا أن ما يخص الثوب من الرضاع يكون إجارة؛ لأنها منفعة بدن قولت [بمال وبما يخص الطلاق من الرضاع كان خلعاً؛ لأنها منفعة بدن قولت]^(٦) بالطلاق فهذا صلح اشتمل على إجارة وخلع.

ومن حكم الإجارة: أنه متى وقع العجز عن تسليم المنفعة رجع المستأجر عليه بالأجر إن كان قائماً وإن كان هالكاً بمثله إن كان من ذوات الأمثال وبقيمته إن لم يكن من ذوات الأمثال ولا يرجع بقيمة المنافع.

ومن حكم الخلع: أنه متى وقع العجز عن تسليم بدل الخلع إما بالهلاك قبل [القبض]^(٧)، أو بالاستحقاق يرجع الزوج عليها بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته إن كان من غير ذوات الأمثال ولا يرجع عليها بقيمة منافع البضع وهو المهر.

إذا ثبت هذا فتقول: المرأة ما هنا أوفت نصف الرضاع وعجزت عن إيفاء النصف، لو أوفت الكل بأن أرضعت ستين فالزوج لا يرجع عليها بشيء مما أعطها ولو لم يوف شيئاً رجع بجميع ما أعطى إن كان قائماً وبقيمته إن كان هالكاً؛ لأن جميع الثوب كان بإزاء إرضاع سنة ولم توف إرضاع سنة وينصف قيمة الرضاع؛ لأن نصف الرضاع كان مؤراً الطلاق فكان خلعاً [وقد عجزت عن تسليم]^(٨) بدل الخلع فكان عليها تسليم القيمة، فإذا

(١) في «ج» و«د»: على. (٥) في «ج» و«د»: بدل. وفي «أ»: بذلها، وأنتنا الأول.
(٢) في «أ»: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «ج» و«د»: الثانية. (٧) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «أ»: ساقطة. (٨) في «أ»: مطموسة.

أوفت النصف ولم توف النصف رجع الزوج^(١) عليها نصفين^(٢): قيمة الثوب [وربع]^(٣) قيمة الرضاع اعتباراً للبعض بالكل.

ولو كانت [زدائه]^(٤) [مع ذلك]^(٥) شاة قيمتها مثل قيمة الرضاع رجع عليها ربع الثوب وربع قيمة^(٦) الرضاع وسلمت له الشاة؛ لأن المرأة لها بها بذلت شيئين: الرضاع والشاة وقيمتها سواء، والزوج بذل شيئين: الثوب والطلاق، وقيمتها سواء فانقسم [البذل من كل جانب]^(٧) على البذل [الآخر]^(٨) باعتبار القيمة وانقسم الرضاع على الثوب والطلاق بنصفين، وانقسم الشاة على الثوب والطلاق كذلك إلا أن ما يخص الثوب من^(٩) نصف الشاة يكون^(١٠) بيعاً^(١١) وما يخص الثوب من نصف الرضاع يكون إجارة وما يخص الطلاق من نصف الشاة ونصف الرضاع يكون^(١٢) خلعاً فهذا صلح اشتمل على بيع وإجارة وخلع. ومن حكم [البيع]^(١٣): أنه متى وقع العجز عن تسليم المعقود عليه يثبت الرجوع ببذله إن كان قائماً بقيمته إن كان هالكاً. وفي حكم الإجارة والخلع: ما قلنا.

إذا ثبت هذا فنقول: المرأة لو أوفت الكل لا يرجع الزوج عليها [شيء] ولو^(١٤) لم توف شيئاً رجع الزوج عليها بنصف قيمة الثوب ونصف قيمة الرضاع؛ لأن نصف الثوب كن [بإزاء نصف]^(١٥) الرضاع فإذا لم توف الرضاع رجع [عليها]^(١٦) بذلك^(١٧) ونصف الرضاع كان بذل الخلع فإذا لم توف رجع بقيمته [إذا أوفت]^(١٨) نصف الرضاع رجع عليها بنصف ذلك، وذلك ربع قيمة الثوب وربع قيمة الرضاع، ولو استحققت الشاة^(١٩) مع ذلك رجع عليها بثلاثة أرباع: قيمة الثوب، ربع قيمة الرضاع، ونصف قيمة الشاة؛ لأنه سلم للزوج من بذل الثوب ربعه وهو ربع الرضاع فيسلم للمرأة من الثوب ربعه^(٢٠) ولم يسلم للزوج ثلاثة أرباع بذل الثوب وذلك نصف الشاة^(٢١) وربع الرضاع فيرجع بقيمة ثلاثة أرباع الثوب؛ لأن ما^(٢٢) يخص الثوب كان بيعاً أو إجارة. ومن حكم الإجارة والبيع: أنه متى عجز عن تسليم المعقود عليه يثبت الرجوع ببذله إن كان قائماً بقيمته إن كان هالكاً وسلم للزوج من بذل الطلاق قدر ربعه وهو ربع^(٢٣) الرضاع، ولم يسلم له ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع وما يقابل الطلاق كله خلع، ومن حكم الخلع: أنه متى وقع

(١٣) في «أ»: ساقطة.
(١٤) في «أ»: ساقطة.
(١٥) في «أ»: ساقطة.
(١٦) في «أ»: ساقطة.
(١٧) في «أ»: ساقطة.
(١٨) في «أ»: ساقطة.
(١٩) في «أ»: ساقطة.
(٢٠) في «أ»: ساقطة.
(٢١) في «أ»: ساقطة.
(٢٢) في «أ»: ساقطة.
(٢٣) في «أ»: وهو ربع. ساقطة.

(١) في «ج»: ساقطة.
(٢) في «د»: نصف.
(٣) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «ج» و«د»: زدائه. وفي «أ»: نصفه، والمثبت الأول.
(٥) في «أ»: مطموسة.
(٦) في «ج»: الثوب وربع قيمة: ساقطة.
(٧) في «أ»: مطموسة.
(٨) في «أ»: ساقطة.
(٩) في «ج» و«د»: عن.
(١٠) في «ج»: ساقطة.
(١١) في «ج» و«د»: تبعاً.
(١٢) في «ج» و«د»: كان.

المعجز عن تسليم بدله يثبت الرجوع بقيمة بدل الخلع لا بقيمة الخلع.

وإذا استحق الثوب والمسألة بحالها وقد مات الصبي بعد سنة ولم تستحق الشاة فإن المرأة ترجع على الزوج بنصف الشاة وترجع عليه بأجر مثلها في نصف السنة التي أرضعت ويرجع عليها بربع قيمة الرضاع فيتحاصون بذلك ويرجع بعضهم على بعض بفصل إن كان. أما رجوع المرأة على الزوج بنصف الشاة وربع قيمة الرضاع وهو أجر مثل نصف السنة؛ فلأنه سلم للزوج من بدل الثوب ثلاثة أرباعه^(١)، وذلك نصف الشاة وربع الرضاع ولم يسلم للمرأة بإزائه من الثوب شيء فترجع المرأة على الزوج بنصف الشاة وربع قيمة الرضاع؛ لأن ما يقابل الثوب كان بيعاً وإجارة. وأما رجوع الزوج عليها بربع قيمة الرضاع؛ فلأنه سلم للزوج [من]^(٢) بدل الطلاق قدر ثلاثة أرباعه وذلك نصف الشاة وربع الرضاع^(٣) ولم يسلم له ربع الرضاع فيرجع بربع قيمة الرضاع؛ لأن ما يقابل^(٤) الطلاق كان حلعاً فوجب للزوج عليها ربع قيمة الرضاع ووجب لها على الزوج كذلك، فإن استوت قبضتهما بأن كان أجر مثل رضاعها في السنة الأولى والثانية سواء التقيا قصاصاً وإن كان أحدهما أكثر^(٥) يترادان الفضل؛ لأن الزوج يرجع عليها بربع قيمة الرضاع في السنة الثانية وهي ترجع عليه بربع قيمة الرضاع في السنة الأولى وهي ما أوفت.

ولو قال رجل لرجل ادعى عليه مالا: أنت بريء من دعواي قبلك على أن تحلف لي ما لي قبلك شيء ففعل ذلك وحلف لم يبرأ؛ لأنه علق البراءة باليمين والبراءة على^(٦) الخصومة مما لا يصلح تعليقها بالخطر؛ لأنه مما لا يحلف بها^(٧).

وأما فيما يجوز الصلح عن العيب وفيما لا يجوز:

رجل اشترى عبداً فباعه ثم وجد به عيباً لم يرجع بنقصان عيبه؛ لأنه [قد]^(٨) خرج عن ملكه بفعل قاطع للملك فينقطع حقه عن العين^(٩).

ولو رجع المشتري الثاني على المشتري الأول بنقصان العيب وقد مات العبد ثم صالح المشتري الأول البائع عن^(١٠) العيب على شيء لم يجز الصلح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى^(١١): يجوز. وهذه المسألة فرع لمسألة أخرى وهي^(١٢): أن المشتري الثاني إذا رجع على بانه هل يرجع هو على البائع الأول؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يرجع^(١٣) وإذا صالح فقد صالح عما ليس بحق له، وعلى قولهما رحمهما الله تعالى: يرجع فإذا صالح فقد صالح عما هو حق له. هما

(٨) في «أ»: ساقطة.
(٩) في «ج»: و«د»: الغير.
(١٠) في «ج»: من.
(١١) في «ج»: و«د»: وهي قولهما.
(١٢) في «ج»: و«د»: وهو.
(١٣) في «ج»: و«د»: ساقطة.

(١) في «ج»: ساقطة.
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «د»: فلأنه سلم... وربع الرضاع: ساقطة.
(٤) في «ج»: و«د»: يقابله.
(٥) في «ج»: ساقطة.
(٦) في «ج»: عن.
(٧) في «ج»: ساقطة.

رحمهما الله تعالى يقولان: إن البائع الثاني^(١) إنما لا يرجع على بائعه قبل أن يرجع عليه^(٢) المشتري الثاني؛ لأنه سلم له عوض الجزء العائت فإنه باع من غيره على تقدير أنه سلم عن العيب، وهذا المعنى زال فيرجع، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إنما لم يرجع؛ لأن الرجوع بالعيب من حقوق الملك فيزول بزوال الملك وبالباع من غيره زال الملك حقيقة وحكماً. أما حقيقة: فلا شك، وأما حكماً: فلأن البيع قطع للملك وليس بإنهاء، بخلاف ما لو مات عند المشتري ثم اطلع على عيب؛ لأن الموت والعق إنهاء للملك.

ولو اشترى شيئاً من الحيوان فوجد بعينه بياضاً فصالحه منه على دراهم ثم ذهب البياض بطل الصلح ورد عليه ما أخذ؛ لأنه أخذ الدرهم بدلاً عن ذهب البصر، فمضى عاد البصر سلم المبدل فلا يسلم إلى^(٣) البذل.

ولو باع منه متاعاً ثم صالحه على دراهم يحط عنه على أن أبرأه من كل عيب به^(٤) جاز، ولو اشترى العيب^(٥) لم يجز. والعرق: أن الصلح عن العيوب صلح عن حصة العيوب من الثمن بدراهم معلومة وشراء العيوب شراء بحصة العيوب من الثمن بدراهم معلومة لكن حصة العيوب من الثمن مجهولة^(٦) لا تعرف فإن قدر ذلك فاشترى على ذلك منه بدراهم معلومة لا يجز، ولو صالح منه على درهم معلومة جاز استحساناً فكذا هنا

ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة دراهم وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً فصالحه على أن يرد به بالعيب على أن زاده في ثمن الآخر درهماً فإن الرّد جائز، وزيادة الثمن باطل لا يجوز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجوز شيء من ذلك؛ لأن الرّد بالعيب متعذر فبطل^(٧) [القبض بشرائيهما]^(٨) وأنه يوجب^(٩) فسخ العقد والإقالة سواء.

ولو تفايلا البيع في أحدهما على أن يزيد [له]^(١٠) المشتري درهماً في ثمن الآخر [وكان]^(١١) الاتفاق^(١٢) بعد القبض صحت الإقالة وبطلت الزيادة عندهما رحمهما الله تعالى؛ لأنهما يجعلان الإقالة فسخاً والفسخ ممّا لا تبطله الشروط الفاسدة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: الإقالة متى حصلت بعد^(١٣) القبض تصير بيعاً جديداً، فعبار كان المشتري قال للبائع: بعثك^(١٤) هذا الثوب على أن تزيد لي درهماً [في ثمن]^(١٥) الأجر [ولو قال]^(١٦) هذا: فسداً جميعاً.

- | | |
|---|--|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: يوجد. |
| (٢) في «ج»: على. | (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «ه». |
| (٣) في «ج» و«د»: له. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «ج» و«د»: الإقالة. |
| (٥) في «ج»: العيوب. | (١٣) في «ج» و«د»: بعد وفي «أ»: قبل، والشت الأول. |
| (٦) في «ج»: معلومة. | (١٤) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «د»: متعذر فبطل: ساقطة. | (١٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د»: (١٦) في «أ»: ساقطة. | |

ولو اشترى رجلان عبداً فوجداه عيباً فصالح البائع [أحدهما على شيء] ^(١) لم يكن للأخر أن يرد نصيبه ^(٢). في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا رحمهما الله تعالى: له أن يرده. [وهذه المسألة] ^(٣) هي مسألة تفريق الصفة.

ولو اشترى عبداً وأبرأه من العيوب أو صالحه على شيء قبل أن يقبضه ثم حدث عند البائع عيب آخر لم يكن له أن يرده بذلك في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: له أن يرده إذا حدث بعد البراءة أو الصلح وقد مرت المسألة.

ولو اشترى رجل لرجل جارية ^(٤) بألف درهم ثم ظفر ^(٥) المشتري بعيب جحدته البائع فاصطلحا على أن يحط كل واحد منهما عشرة ويأخذها رجل أجنبي رضي بذلك فهو ^(٦) جائز. وحط المشتري جائز وهو رضي بالعيب فإن شاء الأجنبي أخذها بألف درهم [غير عشرة دراهم] ^(٧) وإن شاء ردها وحط البائع لا يجوز.

أما جواز البيع من الأجنبي بما وراء المحطوط: فلأن المشتري باع ملكه من الأجنبي بثمن معلوم فجاز. وأما جواز حط المشتري؛ فلأن حطه لا يلقى ملك نفسه فإن حط الأجنبي من الثمن عشرة والثمن مملوك على الأجنبي أكثر ما في الباب أن هذا الحط مشروط في البيع لكن هذا الحط مشروط في معنى الاستثناء، فلو استثنى عشرة من الألف لم يفسد البيع فكذا هذا. أما عدم جواز حط البائع؛ فلأنه حط عن الأجنبي؛ لأنه شرط الحط في عقد الأجنبي وليس للبائع ^(٨) على الأجنبي ثمن، لكن لم يفسد بهذا الشرط العقد؛ لأن الشرط الفاسد متى شرط في العقد إنما يفسد العقد ^(٩) إذا جرى بين المتعاقدين وهنا جرى بين العاقد والأجنبي، وإنما يخير الأجنبي؛ فلأن الأجنبي لزمه بسبب هذه الجارية زيادة ثمن لم يرض بها؛ لأنه رضي أن يكون ثمن الجارية ألفاً إلا عشرين والآن يلزمه الألف إلا عشرة.

ولو اشترى دابة بمائة وتقابضا ثم وجد بها عيباً فخاصم البائع فاصطلحا على أن يأخذ رجل آخر الدابة بخمسين درهماً على أن [على] ^(١٠) البائع من ذلك عشرين وعلى المشتري ثلاثين ورضوا به ^(١١) كانت الدابة للرجل بخمسين درهماً [وهذا رضي من المشتري بالعيب وليس على البائع شيء]. أما لزوم الدابة للأجنبي بخمسين درهماً ^(١٢) من غير خيار؛ فلأن ^(١٣) المشتري باع الدابة منه بخمسين درهماً وقد رضي به هو فلزمه خمسين درهماً من غير خيار؛ لأنه لم تلزمه زيادة ثمن ^(١٤) لم يرض به بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه باعها بما

- | | |
|---------------------------------------|---------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: للأجنبي. |
| (٢) في «ج»: يرضيه. وفي «د»: يرد نفسه. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: أمة. | (١١) في «ج»: بذلك. |
| (٥) في «ج»: طعن. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: و«د»: فلان. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «ج»: و«د»: ساقطة. |

وراء المحطوط ولم يسلم له ذلك. وأما اشتراط العشرين على النائع باطل؛ لأن عشرين من الخمسين الناقبة ثمن وحب للبائع على المشتري الأول فقد وصف ما للبائع مائة عليه وآتة لغو من الكلام.

ولو اشترى ثوباً بعشرة دراهم ثم وجد به عيباً فاصطلحا على أن يأخذه رجل بثمانية، وعلى أن يحط البائع عن المشتري الأول درهماً من الثمن فاصطلحا على ذلك حار يأخذه الذخيل بثمانية ويرد البائع على المشتري درهماً^(١) وإن وجد به الذخيل عيباً رده على المشتري. أما جواز شراء الذخيل بثمانية، فلا تة اشترى الثمانية، وأما جواز حط البائع عن المشتري درهماً؛ فلا تة الحط لاقى ملك نفسه، وأما عدم فساد البيع باشتراط الحط؛ فلما قلنا من قبل، وأما ردة الذخيل على المشتري إن وجد به عيباً؛ فلا تة اشترى منه.

وأما فيما يجوز الصلح عن نفقة المرأة وفيما لا يجوز:

ولو صالحت امرأة زوجها على ثلاثة دراهم عن^(٢) نفقتها كل شهر فمضى شهر أخذ به للشهر الماضي؛ لأن نفقة الزوجة نصير ديناً بالقضاء أو بالرضى بالتقدير والذين لا يسقط إلا بالأداء أو^(٣) بالإبراء.

ولو صالحها مرة ثانية بعدما صالحها على ثلاثة دراهم من نفقتها كل شهر قبل مضي الشهر على ثلاثة مخاتيم دقيق بعينه جاز؛ لأن الصلح الأول مهما كان تقديراً للنفقة لا معاوضة؛ لأن الصلح متى وقع على شيء يجوز أن يفرض القاضي لها في النفقة على الزوج بحال^(٤) كان الصلح تقديراً منهما للنفقة لا معاوضة، ولهذا لو قالت المرأة: لا يكفيني هذا كان لها أن تخاصم حتى يزيدها^(٥) إن كان الزوج موسراً فإذا صالحها على مخاتيم دقيق يعثر الثاني^(٦) تقديراً أيضاً لا معاوضة، والتقدير الثاني يخالف الأول فيعتبر الثاني ناسخاً للأول.

ولو صالحها مرة ثانية قبل مضي الشهر على ثلاثة مخاتيم دقيق ديناً لا عيناً يجوز أيضاً.

ولو كان له على آخر ثلاثة دراهم دين فصالحه على ثلاثة مخاتيم دقيق^(٧) لا بعينه لا يجوز، والفرق: وهو أن الصلح منهما وقع معاوضة ثمة: فكان بيع دين بدين فلا يجوز إلا أن يدفع الدقيق في المجلس. أما هنا قبل مضي الشهر لم نصير النفقة ديناً [بعد]^(٨) فلا يعثر الثاني معاوضة، بل كان تقديراً للنفقة على خلاف الأول فيكون ناسخاً للتقدير الأول، حتى لو مضى الشهر ووجب ثلاثة دراهم [دين]^(٩) ثم صالحها على ثلاثة مخاتيم دقيق بغير عينه لا يجوز؛ لأنه نفقة المرأة نصير ديناً بالقضاء أو بالرضى، فكان هذا الصلح معاوضة فكان بيع دين بدين ولو كفّل لها كفيل ما عاشت لزم الكفيل؛ لأن الصلح تقدير منهما للنفقة فكان هذا

- (١) في نسخة واحدة: من الثمن... درهماً: سافطة. (٦) في نسخة واحدة: الباقى.
(٢) في نسخة واحدة: من. (٧) في نسخة واحدة: ديناً... دقيق. سافطة.
(٣) في نسخة واحدة: أو. وفي نسخة: أما. والمثبت الأول. (٨) في نسخة واحدة: سافطة.
(٤) في نسخة واحدة: سافطة. (٩) في نسخة واحدة: سافطة.
(٥) في نسخة واحدة: إذا.

كفالة بالنفقة والكفالة بنفقة المرأة عن زوجها جائزة؛ لأنها كفالة بحق يحب لها على الزوج في الثاني والكمال بدين سبب في الثاني جائزة كالكفالة، بما ذاب^(١) له على فلاں ولو ضمن لها كل شهر لم يلزمه إلا شهر واحد ولو قال: ما دامت امرأته لزمه ما دامت امرأته

أما الأول: فلاّن العمل بحقيقتها كلمة كل متعذر؛ لأنّ حقيقتها الأبد فيتناول كل شهر إلى الأبد، وهما لا يقيان على الأبد فلغا كلمة كل، فصار كأنه قال: كفلت لك بنفقة شهر.

وأما الثاني: فلاّنه كفل بنفقتها ما دامت امرأته والكفالة بنفقتها ما دامت امرأته تتحفز فلو^(٢) لم تصح إنما لا تصح لمكان جهالة المكفول به وجهالة المكفول به^(٣) لا تنع صحة الكفالة. فأما الكفالة إلى الأبد: لا تتحقق؛ لأنهما لا يقيان فتلغو كلمة كل.

ولو ماتت وبقي لها عليه نفقة من هذا الصلح بطلت عنه؛ لأنّ النفقة تسقط بموت أحدهما عندنا؛ لأنها صلة [من وجه]^(٤) والصلات لا تستحق بعد الموت.

وكذلك لو صالحته من نفقتها ونفقة ولدها الصغير وأجر الرضاع لها جاز إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيّاً فلا أجر لها. أما صلحها عن نفقتها جائز؛ فلاّن نفقتها حقها. وأما صلحها عن^(٥) نفقة ولدها جائز أيضاً؛ لأنّ الأب هو العاقد من الجانبين والأب يصلح أن يكون عاقداً من الجانبين^(٦)؛ لأنّه هو الذي ولي هذا الصلح على^(٧) الصغير. ألا ترى: أنّه يبيع منه ويشتري منه. وأما صلحها عن^(٨) أجر رضاعها؛ فلاّن الصلح على أن يعطيها أجراً على الرضاع استنجر لها على إرضاع ولده منها^(٩) وذلك جائز في ظاهر الزاوية بعد الطلاق البائن، ولا يجوز بعد الطلاق الرجعي.

ولو مات الزوج وقد بقيت عليه نفقتها أخذت من تركته وصارت غريباً من غرماة وخاصمتهم. وهذا الجواب صحيح في أجرها على الإرضاع؛ لأنّ الأجرة عوض والعوض لا يسقط بموت من عليه الثمن والمهر.

ولو صالح الزوج [امرأته]^(١٠) وهي تعتد منه على دراهم معلومة ما دامت تعتد منه، فإن كانت تعتد [بالحيض لم يجز، وإن كانت]^(١١) بالشهور جائز. والفرق: وهو أنّها إذا كانت تعتد بالحيض كانت حصة كل يوم من المصالح عليه^(١٢) مجهولة، وإنه يحتاج إلى استيفاء حصة كل يوم بعد الصلح؛ لأنّ ما مضى من اليوم تصير حصته ديناً فيكون لها استيفاء ذلك ففسد لهذا لا لجهالة المصالح عنه؛ فإذا كانت تعتد بالشهر^(١٣) كانت الحصة^(١٤) معلومة.

- | | |
|---------------------------------------|-----------------------|
| (١) في «ج»: دب. | (٨) في «ج»: «د» على |
| (٢) في «ج»: «د»: فلو. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: من. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: والأب... الجانبين: ساقطة. | (١٣) في «د»: بالشهور. |
| (٧) في «ج»: عند. | (١٤) في «ج»: الحصة. |

الفصل الثالث

في صلح أحد ربي الدين عن دين مشترك واستيفاء أحد ربي الدين الدين^(١) المشترك إلى آخر الفصل

رجلان لهما على رجل دين فأراد أحدهما أن يأخذ نصيبه على وجه لا يكون للشريك فيه نصيب فالحيلة في ذلك: أن يبيع من المطلوب^(٢) كفاً من زبيب بمائة درهم ويسلم إليه ثم يبرئه^(٣) عن نصيبه من الدين، ويطلبه بثمن الزبيب فحيث لا يكون لشريكه فيه نصيب؛ لأنه لا شركة في هذا الدين.

ولو كان دين على رجل بين رجلين فاشتري أحدهما بنصيبه منه ثوباً يضمن ربع الدين لشريكه ويرجعان عليه بنصف الدين بينهما نصفين؛ لأن المشتري بنصيبه من الدين وجب عليه للبائع مثل نصيبه من الدين فوفقت المقاصة بين الدينين فصار المشتري مستوفياً نصف الدين بحكم المقاصة.

ولو استوفى حقيقة نصف الدين شارك الشريك فيما قبض ثم يرجعان على الغريم بنصف الدين كذا هنا.

ولو صالحه من نصيبه على ثوب فإن شاء ضمن لشريكه ربع الدين وإن شاء أعطاه ربع^(٤) الثوب. فرق بين الصلح وبين^(٥) الشراء، والفرق: أن مبني الصلح على التحوز بدون الحق فصار كأن المصالح^(٦) أبرأه عن بعض نصيبه واستوفى البعض، فلو قلنا بأن يعطيه ربع الدين من غير خيار يتضرر؛ لأنه لم يستوف نصف الدين كاملاً فخيرناه نفياً^(٧) للضرر. فأما الشراء مبناه على المماكسة فصار مستوفياً نصف الدين بكماله للمقاصة وإذا أصر أحدهما نصيبه إلى شهر لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وحاز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. هما رحمهما الله تعالى يقولان: التأجيل تصرف^(٨) في خالص حقه فيجب أن يصح كما لو كان الدين كله له، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: بلى، لكن الحق بصاحبه ضرر؛ لأنه بالتأجيل قصد أن يقل جميع مؤنة التقاضي^(٩) والقبض على صاحبه فإنه متى صح التأجيل لا يجب عليه التقاضي قل حلول الأجل، وإنما يتقاضى^(١٠)

- | | |
|-----------------------|---|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٦) في «ج» و«د»: المصالح، وفي «هـ»: الصلح، والمثبت الأول. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «ج» و«د»: هنا. |
| (٣) في «ج»: ويرثه. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و«د»: نصف. | (٩) في «ج» و«د»: القاضي. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج» و«د»: يتقاضى. |

صاحبه بنصيبه^(١) فإذا قضى ذلك ثم حل الأجل كان للذي أجل^(٢) أن يشاركه فيما قصر فيصير ما بقي على الغريم بينهما، ثم يؤجل نصيبه من الباقي ثم وثم.

ولو قال أحدهما: الذين عليه إلى سنة وأنكر صاحبه أو وهب منه جاز ذلك عليه خاصة في قولهم جميعاً. أما الإقرار؛ فلأنه لم يلحق بصاحبه ضرر؛ لأن ما يخلق صاحبه من مؤنة التقاضي [والقبض يلحق بسبب إنكاره لا بسبب إقرار صاحبه؛ لأن صاحبه أقر أن الذين رجب مؤجلاً من الأصل والذين المؤجل لا يكون عليهما التقاضي]^(٣) قبل حلول الأجل وبعد حلول الأجل يجب عليهما فما أقر به المقر ليس بسبب لإيجاب زيادة المؤنة على صاحبه. وإنما صار سبباً بإنكار صاحبه. وأما الهبة؛ فلأن بالهبة لم يلحق ضرر بصاحبه؛ لأنه لا تزداد مؤنة التقاضي والقبض.

ولو قال أحدهما: كان للمطلوب علي دين قبل ذلك صار نصيبه قصاصاً ولا يضمن لشريكه شيئاً ويرجع شريكه بنصيبه على المطلوب؛ لأن المقر ما أقر باقتضاء الدين وإنما أقر بقضاء ما وجب عليه للغريم بالدين الذي وجب له على الغريم؛ لأن الدينين يصير قضاء عن الأول؛ لأن القضاء يتلو الوجوب وإذا لم يصر المقر قابضاً لا يشاركه صاحبه، وكذلك لو جنى عليه جناية عمد دون النفس عمداً لا يوجب القصاص يكون أرشها نصف الدين أو^(٤) أفسد متاعاً برىء من حصته ولم يضمن لشريكه شيئاً. أما الجناية؛ فلأن الجاني وإن اقتضى نصيبه بحكم المقاصة لكن لم يستنفذ بهذا الاقتضاء عين^(٥) مال، ولا عيناً له حكم المال، وإنما ملك أرشاً وجب في ذمته للمطلوب وأنه دين فلم يكن لشريكه أن يتبعه بشيء لما بين في المسألة الثانية.

وأما إفساد المتاع بأن رمى بالنار ثوب الغريم فأحرقه^(٦) فالمذكور من الجواب في رواية أبي سليمان رحمه الله تعالى. وذكر في بعض رواية أبي حفص رحمه الله تعالى فيه خلافاً. وقال على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لم يضمن لشريكه شيئاً. وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: يضمن وأحرموا على^(٧) أنه لو أخذه ثم احترق فيضمن لشريكه وإنما الخلاف فيما إذا^(٨) أفسده قبل الأخذ. محمد رحمه الله تعالى يقول: المفسد اقتضى نصيبه من الدين وملك بهذا الاقتضاء عين^(٩) مال؛ لأن ضمان الاستهلاك يفيد الملك في المضمون من أول وقت تناول وتأكد ملكه فيه؛ لأنه صار بحال لا ينسخ ملكه فيه بالهلاك فوجب أن يضمن لشريكه^(١٠) [كما]^(١١) لو أخذ ثم استهلك. وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: بلى لكن لم يملك^(١٢) عيماً يتفع به فإنه لم يملك الانتفاع بما ملك من العن في

- | | |
|-------------------------|--|
| (١) في «ج» و«د»: بنفسه. | (٧) في «ج». ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: غير. |
| (٤) في «ج»: إذا. | (١٠) في «ج»: لشريكه. ساقطة. |
| (٥) في «ج»: غير. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: فأحرق. | (١٢) في «ج» و«د»: يملك. وفي «أ»: يملك وإنما الأول. |

أول وقت التناوب بوجه من الوجوه. وإنما يصمن لشريكه؛ لأنه فصل نصيبه على نصيب صاحبه بعد أن استوى نصيبهما والعين إنما جعل أفضل من الذين كما^(١) أن في العين من^(٢) زيادة منعة ليس في الذين فإذا لم يحصل له عين مال ينتفع به صار حصول ما حصل له^(٣) من العين وحصول الذين سواء، بل أولى؛ لأن في الذين إنما لم^(٤) يملك التصرف مع غيره ملك من [غيره]^(٥)، وفي الذين^(٦) المستهلك لم يملك أصلاً وسبب ثبوت المشاركة الفضل وإذا لم يحصل الفضل كان هو والجنابة سواء بخلاف ما لو أخذه أولاً؛ لأنه حصل له عين يمكن الانتفاع به وهذا أفضل من الذين.

ولو كان كثر حنطة لهما فباع أحدهما نصيبه بمائة درهم ضمن لشريكه ربع الكر^(٧) ورجعا عليه بالنصف؛ لأنه سلم للمشتري بدل نصيبه من الكر بكماله وسلامة البذل كسلامة المبدل ولو قبض نصف الكر حقيقة رجع عليه شريكه بربع الكر ورجعا على الغريم بنصف الكر كذا هنا.

ولو كان لهما عليه ألف درهم جياذ فصالحه أحدهما من نصيبه على خمسمائة درهم زيرف شركة في الزيرف إن شاء ولا بضمن ربع^(٨) الجياذ؛ لأنه قبض الأصل وأبرأه عن الوصف وهو الجودة ولو أبرأ عنهما جميعاً لم يرجع شريكه عليه بشيء فإذا أبرأه عن أحدهما لم [يرجع]^(٩) شريكه عليه به [أولى]^(١٠).

ولو كان لها ألف درهم على امرأة فتزوجها أحدهما على الخمسمائة التي هي^(١١) نصيبه من الألف أو تزوجها على نصيبه من الألف لم يصمن لشريكه شيئاً ولو تزوجها بخمسمائة مطلقاً بضمن لشريكه ربع الدين، والفرق بين المسألتين: أنه متى تزوجها على خمسمائة مطلقاً صار الزوج مقتضياً لنصيبه^(١٢) بحكم المقاصة وقد حصل له بهذا الاقتضاء عين هو في حكم المال. فصار بمنزلة ما لو اشترى بنصيبه شيئاً. أما إذا تزوجها على نصيبه من الذين لم يصر الزوج مقتضياً لنصيبه من الذين^(١٣)؛ لأنه لم يجب للمرأة على الزوج مثل حصته من الألف ديناً في ذمته؛ لأن النكاح متى أضيف إلى دراهم أو دناتير دين للزوج في ذمة المرأة يتعلق النكاح بعين المصاف إليه لا بمثله ديناً في الذمة فصار ذلك ملكاً لها بالنكاح ثم سقط عن ذمتها كما لو سقط نصيبه عن ذمتها بالهبة وبالإبراء. فرق بين النكاح متى أضيف إلى دراهم دين في ذمة المرأة ومتى أضيف إلى دراهم غير مشار إليها حيث يتعلق في باب الذين بعين^(١٤) المشار إليه. وفي باب العين بمثل المشار إليه. والفرق: أن

- | | |
|--------------------|--|
| (١) في «ج»: لما. | (٨) في «ج»: مع. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: به. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: إن لم. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: نصيبه. |
| (٦) في «ج»: العين. | (١٣) في «ج»: لم يصر... من الذين ساقطة. |
| (٧) في «ج»: الكل. | (١٤) في «ج»: بغير. |

الذَّارَهم في باب النِّكاح عوض من وجه صلة من وجه والذَّارَهم في الضَّلَّات تتعین، وفي المعاوضات لا، فجعلناه صلة إذا كان ديناً وعوضاً إذا كان عيناً ليكون عملاً بهما.

ولو كان لامرأتين على رجل دين وهو زوج إحداهما فاختلعت منه على نصيبها لم يضمن للأخرى^(١) شيئاً؛ لأنَّ بدل الخلع صلة من وجه بمنزلة المهر فصار الخلع على نصيبها^(٢) والنِّكاح على نصيبه سواء.

ولو تزوجها على خمسمائة ثم قاصصته^(٣) أو خالعهما على خمسمائة درهم ثم^(٤) قاصصته شركتها^(٥) الأخرى لا يحتاج^(٦) لوقوع المقاصة إلى مقاصصتها لكن تقع المقاصة بينهما من غير مقاصصتهما. فرق بين هذا وبينما^(٧) إذا تزوجها على نصيبه من الألف واختلعت منه على نصيبها من الألف، والفرق: ما مر.

ولو استأجرت إحداهما منه داراً بحصتها ضمنت للأخرى ربع الدَّين، وكذلك خدمة العبد وزراعة الأرض؛ لأنها صارت مقتضية لنصيبها حكماً للمقاصة وقد حصل لها بهذا الاقتضاء المال؛ لأنَّ منفعة ما عدا البضع جعل مالاً من كل وجه عند ورود العقد عليه فيضم لصاحبه كما في الثمن.

وأما فيما^(٨) لأحد الشريكين الدَّار والحائط [والأرض]^(٩) أن يتصرف فيها من غير رضى صاحبه وفيما ليس له ذلك:

دار بين شريكين لأحدهما أن [يسكن]^(١٠) في نصيبه؛ لأنه لا ضرر على شريكه في سكناه ولو كان أرضاً مشتركاً فأراد أن يزرع أحدهما في حصته ففيه روايتان.

دار مشترك بين قوم فلبعضهم أن يربطوا الدَّابة فيها وأن يضع الخشب على وجه لا يضر بأصحابه، وهو أن لا يضيق عليهم الطريق لمرورهم، ولو عطب بها أحد لا يضمن؛ لأنه يتصرف فيما هو مملوك له.

سفل الدَّار في يد رجل وعلو الدَّار في يد آخر فادعى كل واحد منهما الدَّار كله، يقتضى بالدَّار لصاحب السفل [أن يبني سفله]^(١١) ولصاحب العلو ما في يده من العلو والطريق إلى باب الدَّار، فإذا هدم الدَّار فأبى صاحب السفل أن يبني سفله ليس لصاحب العلو أن يجبره على ذلك؛ لأنَّ أحداً لا يجبر على إصلاح ملكه، لكن يقال لصاحب العلو: ابن السفل وابن عليه العلو، فإن أثناه^(١٢) صاحب السفل^(١٣) وأراد أن يسكن فيه^(١٤) فأصممه

(١) في «ج» و«د»: تضمن الأخرى.

(٨) في «ج» و«د»: ما.

(٢) في «د»: نصيبها.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «د»: قاصصته.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: ساقطة.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «ج»: شريكه.

(١٢) في «ج»: أبى. وفي «د»: أباه.

(٦) في «ج»: ولا يحتاج: ساقطة.

(١٣) في «ج»: الدَّار.

(٧) في «ج»: وبينها.

(١٤) في «د»: فيها.

حتى يعطي ما أعمقت عليه ويكون السفلى في يده بمنزلة^(١) الزهن بما أنفق عليه والسقف الذي عليه العلو هو سقف هذا السفلى وكذلك جذوعه وهوادبه وبواريه وطينه ولصاحب العلو سكناه على ذلك الأزج والروشن.

رحى ماء بين رجلين في بيت لهما فخرت كلها حتى صارت صحراء لا يجبران على العمارة وتقسم الأرض بينهما فإن كانت الطاحونة قائمة بيناتهما إلا أنه ذهب منها^(٢) شيء يجبر الشريك على أن يعمرها مع الشريك فإن كان الشريك معسراً قيل للشريك: أنفق إن شئت ويكون ذلك ديناً لك على شريكك. والفرق بينهما وهو أنه^(٣) [إذا]^(٤) انهدم كله لا يجبر؛ لأن له أن لا يصلح ملكه ويقتسمان الساحة بينهما فيجعلها^(٥) شيئاً آخر أما إذا كان البناء قائماً فهو متعنت في الإباء فيجبر على ذلك، لأنه لا طريق لشريكه بالانقضاء بحصته إلا في العمارة فيجبر على ذلك وكذلك الحمام على التفصيل الذي ذكرناه.

حرث بين شريكين أبي أحدهما أن يسقيه فإنه يجبر على ذلك وقال في بعض المواضع: إنه لا يجبر ولكن يقال للآخر^(٦): اسقه وأنفق ثم أرجع في حصته في نصف ما أنفقت، ولو خرج من الزرع شيء قليل يخرج من نصيبه نصف ما أنفق ويرجع على صاحبه بالباقي وموضع معرفته كتاب المزارعة فإن فسد الررع^(٧) قبل أن يسقيه ثم أبي أن يسقيه^(٨) فلا ضمان عليه. ففي كل موضع أجبر على أن يفعل مع صاحبه فإذا فعل أحدهما بغير إذنه^(٩) ولا يرفع إلى الحاكم يكون متطوعاً وفي كل موضع لا يجبر على ذلك لا يكون متطوعاً كما^(١٠) إذا كان نهر بين رحلين فامتنع أحدهما عن الكري ففعل الشريك فهو متطوع، وكذلك السفينة يخالف عليها الفرق، وكذا الحمام إذا خربت منها شيء قليل، وكذا العبد بين رجلين حتى فداء أحدهما وكذا السفلى والعلو، فهو على ما ذكرناه.

درب بين خمسة نفر فباع أحدهم نصيبه من الطريق جاز البيع؛ لأنه بيع المشاع وأنه جائز، وليس للمشتري أن يمر في هذه الطريق إلا أن يشتري داراً للبائع الذي كان له الطريق.

وأما الجدار المشترك:

حائط بين جارين^(١١) ليس لأحدهما أن يزيد عليه حملاً بغير إذن صاحبه؛ لأن الملك لهما حائط بين رجلين وفي وجهه طاق فأراد أحدهما أن يجعل ذلك خوارستان يضع فيه الأواني والأمتعة فإذا كان الطاق مرتفعاً من أساس فليس له أن يحدث بغير إذن صاحبه، وإن كان قزجة في أصل الحائط من الأرض ترك ذلك حينما بنى^(١٢) الحائط فإن كان الذي

- | | |
|--|---|
| (١) في «ج»: غير موجودة وهي في «أ» و «د». | (٨) في «ج»: ثم أبي أن يسقيه: ساقطه |
| (٢) في «ج»: مه. | (٩) الصمير يعود إلى صاحبه المذكور في «ج» و «د». |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: عما |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج» و «د»: رجلين. |
| (٥) في «ج»: فتجعل. | (١٢) في «ج» و «د»: بنى، وهي «أ» بينه والبيت |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | الأول |
| (٧) في «ج»: الحرث. | |

هو في جابه^(١) يقر بأن ذلك مشترك بينهما فليس له أيضاً^(٢)؛ لأن التصرف في ملك الغير لا يجوز إلا بإذن صاحبه. وإن كان يدعي ذلك لنفسه خاصة كان له ذلك يفعل فيه ما شاء.

حائط بين رجلين سقط ولأحدهما بنات عورة فطلب من جاره أن يبني فأبى أن يبني قد ذكرنا أنه لا يجبر، قال الفقيه: لا بد من بناء يكون ستراً بينهما وإنما^(٣) قال أصحابنا ذلك؛ لأن الزمان كان زمان صلاح فأما في زماننا ففسد الزمان والناس فلا بد من حاجز يحجز بينهما حائط بين رجلين لهما عليه حمولة وحمولة^(٤) أحدهما أسفل فأراد أن يضع [ذلك]^(٥) بإزاء صاحبه له ذلك؛ لأن الجدار بينهما فله أن يستوي بصاحبه^(٦).

ولو أراد أن يضع حمولته أعلى من صاحبه إن كان الجدار من الأصل إلى الأعلى مشتركاً بينهما فله ذلك، إن كان لا يضر بصاحب الأعلى، وإن كان يضر فليس له ذلك.

حائط بين رجلين فوهى فأراد أحدهما أن يرفعه ليحسّنه^(٧) وأبى الآخر فينبغي له أن يجبره، ويقول له: ارفع حمولتك بأعمدة ويشهد على ذلك؛ لأنني أرفعه في وقت كنا، فإن فعل فيها وإن لم يفعل فله أن يرفع الجدار، فلو سقطت حمولاته فلا ضمان عليه؛ لأنه حصل ضرورة لا قصداً.

حائط بين اثنين، ولأحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه حمولة فأراد أن يضع^(٨) عليه^(٩) حمولة فله أن يضع حمولة^(١٠) مثل حمولة صاحبه^(١١) إن كان الحائط يحتمل ذلك، كما لو كان جذوع أحدهما أكثر فلآخر أن يزيد في جذوعه إن كان يحتمل ذلك وكونه حديثاً أو قديماً ليس بشيء.

ولو كان لهما عليه جذوع فأراد أحدهما أن يحوله عن موضعه إن كان التحويل من جانب الأيمن إلى الأيسر أو من جانب الأيسر إلى الأيمن فليس له ذلك ولو كان عالياً فسفله^(١٢) لا بأس به إذا^(١٣) أسس الحائط يحتمل ما لا يحتمل رأسه فكان هذا أقل ضرراً.

حائط بين اثنين انهدم وأحدهما غائب فبنى الحاضر في ملكه جداراً من خشب وبقي موضع الحائط على حاله، ثم قدم الغائب فأراد أن يبنيه ملتزماً بجدار صاحبه ويجعل الأسس كله في^(١٤) ملكه ليس له ذلك؛ لأن الأسس مشترك بينهما، وإن بنى وترك نصف الأسس مما يلي إلى جدار صاحبه فله ذلك، لأنه بنى في ملكه.

حائط بين رجلين انهدم جانب منه فظهر أنه ذو طاقين متلاصقين فأراد أحدهما أن يرفع

- | | |
|--------------------------|--|
| (١) في «ج»: حائطه. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: دائماً. | (١٠) في «ج»: فله أن يضع حمولة. ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١١) في «د»: وليس للآخر... حمولة صاحبه: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج» و«د»: فسفله. |
| (٦) في «ج»: يسرى بصاحبه. | (١٣) في «ج» و«د»: لأن. |
| (٧) في «ج» و«د»: ليصلحه. | (١٤) في «ج»: ساقطة. |

حداره ويقول: يكفيننا جدار واحد مسترة لنا، وقال الآخر: إذا بقي ذو طاق واحد يهيه^(١) وينهدم إن سبق الإقرار منهما أن الحائط بينهما قبل أن يظهر أنه ذو طاقين فكلاهما مشترك بينهما، وليس لأحدهما أن يحدث شيئاً بغير إذن شريكه، وإن أقر أن كل حائط مما يليه فهو لصاحبه فله ذلك؛ لأنه تصرف في ملكه.

حائط بين رجلين ولأحدهما عليه حمولة فمال إلى أحدهما فأخبره بذلك وأشهد عليه^(٢) ولم يرفع حتى انهدم وكانا مقررين بأن الحائط بينهما فما أفسد على شريكه^(٣) فهو ضامن نصف قيمته؛ لأن الحائط بينهما.

ولو أصلحه أحدهما إن فعل ذلك بأمر^(٤) صاحبه أو بأمر الحاكم^(٥) فله أن يرجع عليه بنصف ما أنفق وإلا فيكون متطوعاً إلا إذا أراد أن يحمل عليه فله أن يمنعه حتى يعطي نصف ما أنفق أو يعطي نصف القيمة إذا بناء بطين أو خشب من عند نفسه. أما لو بناء بنقض الأول له أن يمنعه من الحمل عليه ما لم يعطه نصف ما أنفق هكذا ذكر في «التوازل».

بيت لرجل وحائط مشترك بينه وبين جاره فأراد صاحب البيت أن يبني فوق بيته غرفة ليس لشريكه أن يمنعه إذا لم يكن في ذلك معتمداً على الحائط ولا يضع عليه خشباً ويضع^(٦) ذلك في جدار^(٧) نفسه؛ لأنه لم يتصرف في ملكه غيره.

رجل له حائط ووجهه في دار رجل فأراد صاحبه أن يطين حائطه ولا سبيل له إلى ذلك إلا بدخول دار جاره وصاحبه يمنعه من الدخول، أو انهدم الحائط ووقع الطين في دار جاره فأراد أن يدخل ويقل^(٨) الطين فممنعه صاحب الدار، أو له مجرى ماء^(٩) في داره فأراد حفره أو إصلاحه ولا يمكنه ذلك إلا بدخول داره وهو يريد أن^(١٠) يمنعه فيقال^(١١) لصاحب الدار: إما أن تتركه حتى يدخل ويصلح ملكه وإما أن تصلحه بماله، وبه أخذ العقبة أبو الليث رحمه الله تعالى. ونظير هذا:

الماء إذا كان في حوض في كرم إنسان ورجل يحتاج إليه وصاحب الكرم يمنعه من الدخول في كرمه، فيقل له: إما أن تخرج الماء أو اتذن لي بالدخول لأغترف منه. حائط مشترك بين رجلين ونصيب أحدهما أرفع فهديم^(١٢) الحائط فاتفقا على أن يصلحاه فلما بلغ البناء إلى موضع سقف هذا فأبى أن يبني بعد ذلك فلا يجبر على ذلك؛ لأن ما زال ليس له عليه^(١٣) حمولة.

(٨) في «ج»: ويسفل، وفي «أه» و«د»: ويبطل. وأثبتنا الأول.

(٩) في «ج»: و«د»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: و«د»: ساقطة.

(١١) في «ج»: و«د»: مقول.

(١٢) في «ج»: مانهدم.

(١٣) في «ج»: و«د»: ساقطة.

(١) في «ج»: و«د»: يني.

(٢) في «ج»: وأشهد عليه: ساقطة.

(٣) في «ج»: على شريكه: ساقطة.

(٤) في «ج»: بإذن.

(٥) في «ج»: الحائط.

(٦) في «ج»: و«د»: ويفعل.

(٧) في «ج»: و«د»: جدار وفي «أه»: حدود الميث ما في «ج»: و«د».

حائط بين رجلين ولأحدهما عليه جذوع فأراد الآخر أن يضع [عليه]^(١) جذوعاً يمنع من ذلك صاحبه والحائط لا يحتمل الجذوعين فإن كانا مقرين بأن الحائط بينهما يقال لصاحب الجذوع: إن شئت فارفع حملك عن الحائط، فتستوي بصاحبك وإن شئت فحط عنه بقدر ما يمكن لشريكك من الحمل؛ لأن البناء لهما ولأحدهما عليه حمولة وللآخر لا. فأما إن فعل ذلك بظلم^(٢) فهو متعدي والكف عنه واجب وأما إن فعل ذلك بأمر صاحبه فهو عارية. ألا ترى: أن الذار إذا كان بين رجلين وأحدهما ساكن فأراد أن يسكن فيه والذار لا يسع لسكاهما فإنهما يتهايان كذا هنا وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

حائط بين دارين لأحدهما أزج من لبن أو^(٣) آجر^(٤) والحائط لصاحب الأزج بمنزلة صاحب الجذوع.

حائط بين رجلين قدر قامه فأراد أحد الشريكين أن يزيده طولاً فلآخر أن يمنعه؛ لأن بالأول كفاية.

وأما فيما لواحد أن يفعل في الطريق [تصرفاً]^(٥) وليس لغيره أن يمنعه:

زقاق غير نافذ فأراد الرجل أن يتخذ طيناً في الطريق إن ترك من^(٦) الطريق مقداراً يمرّ الناس فيه^(٧) ويرفعه سريعاً أو يتخذ ذلك في الأحيان مرة لا يمنع^(٨) من ذلك، وكذلك لو أراد أن يتخذ رياً أو دكاناً أو غير ذلك لما ذكرنا.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

الخليفة إذا جعل غيره ولي عهده بعد موته ثم مات يجب على الناس أن يعملوا^(٩) بما أمر^(١٠) به^(١١) ويصير الثاني خليفة كما فعل أبو بكر رضي الله عنه، فإنه فوض الأمر في حياته إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، وكذلك [الموصي]^(١٢) أن يوصي إلى غيره بعد موته.

رجل غرس شجرة الفرساد في الطريق إن كان لا يضر بالطريق فلا بأس به ويعطى للذي غرس فرصاده وورقه ولو كان شجرة الفرساد في المسجد فلا بأس بأكل ثوته؛ لأنه لو لم يأكل يضيع ولا يجوز أخذ ورقه.

رجل أراد أن يتخذ في داره بستاناً ليس لجاره أن يمنعه عن ذلك إن كانت الأراضي

- | | |
|----------------------------|---------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج»: «د»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: لا ينفع. |
| (٣) في «ج»: أو: ساقطة. | (٩) في «ج»: العمل إليه. |
| (٤) في «د»: أو آجر: ساقطة. | (١٠) في «د»: بما أمر: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج»: بما أمر به: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: في | (١٢) في «أ»: ساقطة. |

صلبة لا يتمدّد ضرر الماء إلى جداره وإن كانت الأراضي رخوة ذات نرّ ويتمدّد ضرره إلى حداره فله أن يمنعه؛ لأنّ له أن يدفع الضرر عن نفسه ولا عبءة للقرب والبعد.

رجل له على رجل دين وهو جاحد فمات الطالب فالأحر له في الآخرة؛ لأنّ الدين ماله فلو أن المطلوب قضى ورثته برىء من الدين ولم ينج من الميت بما ظلمه وجحده ومعه حتى مات؛ لأنّه جنى عليه.

الأشياء التي تباع على ظهور الدواب فامتنع البائع من الحمل إلى منزله فإن كان حطباً أو فحمًا^(١) أو تبناً يجبر على ذلك؛ لأنّه جرى^(٢) [فيه]^(٣) العرف، ولو كان غيره فاشترى بشرط الحمل يفسد البيع؛ لأنّه لا عرف فيه ولا يقتضيه العقد فيفسد البيع.

رجل قال لآخر: أجرتك هذه القصعة من الشريد فأخذها الرجل وأكلها إن لم يكن بينهما نهادي ولم يكن منه^(٤) دلالة الهبة فعليه مثلها أو قيمتها إن لم يكن له مثل.

رجل اشترى تراب الصواغين بعوض ولم يجد فيه ذهباً أو فضة فالبيع فاسد وإن كان فيه ذهب أو فضة فالبيع^(٥) جائز ولا يأكل الصائغ من ذلك؛ لأنّه ثمن متاع الناس إلا أن يكون زدهم في متاعهم بقلد ما سقط منه^(٦) في التراب.

رجل اشترى حنطة مجازفة وقد رآها ولم يقبصها حتى جفت^(٧) ونقصت فلا خيار له فيها ولو اشترى رطباً مجازفة فصار تمرّاً قبل أن يقبضها فله الخيار؛ لأنّ في الفصل الأول نقص^(٨) المبيع وشرط الرد أن يرد كما قبض^(٩) ولا كذلك في الفصل الثاني.

ولو أن رجلاً باع صوفاً في فراش فأبى فتقه فإن كان في فتقه ضرر لم يجبر على الفتق وإن لم يكن فيه ضرر أجبر على ذلك^(١٠)، وإن اختلفا في العتق فإن على البائع أن يفتق شيئاً حتى ينظر إليه^(١١) المشتري فإن رآه ورصي به أجبر على فتق الباقي؛ لأنّ التسليم واجب [عليه]^(١٢) ولا يمكنه التسليم إلا بذلك.

رجل اشترى طائوساً بثمن معلوم على أن يقدر بعضه حالاً وبعضه إلى التبرور فلما حمله [إلى منزله]^(١٣) وجده معيباً فجاء إلى البائع وأخبره بذلك ودفعه إليه ولم يقبله^(١٤) ولم يأخذه فحمله إلى منزله فمات، ليس عليه من الثمن شيء؛ لأنّه رده عليه؛ لأنّه ليس في وسعه إلا ما وجد منه في الرد ولا يكون هذا البيع فاسداً إذا كانا يعرفان وقت التبرور. أمّا^(١٥) إذا كانا لا

(١) في «د» فحمًا. وفي «أ» و «ج»: قحماً ولعل ما في «د» هو (أ) في «ج». نقص.

(٢) في «د» و «ج»: جرى. وفي «أ»: صرف والمشت الأول.

(٣) أي الفتق.

(٤) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: ساقطة.

(١١) في «ج»: ساقطة.

(١٢) في «ج»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: ساقطة.

(١٤) في «ج»: ساقطة.

(١٥) في «ج»: ساقطة.

(١٦) في «ج»: ساقطة.

(١٧) في «ج»: ساقطة.

(١٨) في «ج»: ساقطة.

(١٩) في «ج»: ساقطة.

(٢٠) في «ج»: ساقطة.

(٢١) في «ج»: ساقطة.

(٢٢) في «ج»: ساقطة.

يعرفان [ذلك]^(١) فحينئذ يفسد البيع ولا يبرأ عن القيمة إلا بمول^(٢) المانع أو بقضاء القاضي، لأن العين مضمون عليه بالقيمة بمنزلة الغصب.

رجل باع أرضاً إلا هذه الشجرة بعينها فالباع جائز ويمنع البائع من^(٣) أن يدلي أغصان الشجرة في ملكه؛ لأن ما عدا الشجرة ليس بملكه.

رجل اشترى شاة أو بقرة على أنه بالخيار فاحتلب لبنها فهو على خياره ما لم يشترها أو يستهلكها؛ لأنه فات^(٤) شيء من المبيع.

رجل اشترى عبداً وله مال باعه المولى مع ماله فإن لم يسم ماله فالباع فاسد ولو قال: أبيع مع ماله وسمى فالباع جائز. إذا كان الثمن يزيد على الدراهم التي للعبد ليكون الثمن بعضه بإزاء الدراهم وبعضه ثمناً للعبد وإن كان أقل لم يحز وكذلك ماله دنائير فاشترى بالدراهم أو على العكس جاز الشراء سواء كان الثمن أقل أو أكثر^(٥) بعد أن يتقاضا حصة الدنانير بالدراهم فإن لم يتقاضا [حتى تفرق]^(٦) بطل البيع في حصة الصراف وبقي في حصة العبد وإن كن ماله ديناً فالباع فاسد وإن كان بعصه ديناً^(٧) وبعضه عيناً فالباع في الكل فاسد ومعنى قول الناس في صكاكهم^(٨) كل عشرة بوزن سبعة: يعني وزن كل عشرة من الدراهم وزن سبعة مثاقيل من الذهب. وذلك؛ لأن الدراهم على عهد عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه [على]^(٩) ثلاث مراتب: بعضها: اثنا عشر قيراطاً، وبعضها: عشرون، وبعضها: عشرة، وتجري الخصومة في ذلك في مبيعاتهم والذهب عشرون قيراطاً فأخذ عمر رضي الله تعالى عنه من كل نقد ثلثه فصار أربعة عشر قيراطاً فجعل وزن الدراهم أربعة عشر قيراطاً فصار وزن كل عشرة من الدراهم سبعة دنائير وزناً إلا أن أهل الحساب يأخذون الدراهم اثني عشر قيراطاً لما أنه أقل كسراً ولكن في الأصل كذلك.

ولو كان لرجل عمارة في أرض رجل فباعه إن كان ذلك بناء أو أشجاراً جاز بيعه إذا لم يشترط تركها، وإن كان كراباً أو كرى الأنهار ونحوه لم يكن ذلك بمال ولا شيء بمعنى مال [لا]^(١٠) يجوز.

رجل أوصى إلى رجل أن يجعل ثلث ماله حيث شاء أو حيث يرى، فمات قبل الزوجة بطلت الوصية، ولو جعلها في حياته لقوم فلم يقبلوها رجعت إلى الوارث^(١١) ولم يكن له أن يجعلها لغيره؛ لأنه انتهت الوصية.

رجل صالح في^(١٢) دار ادعاه على مائة درهم فهو جائز^(١٣) فلا شفعة للشفيع؛ لأن

(١) في «أ»: ساقطة. (٨) في «ج»: صكاكهم: ساقطة.

(٢) في «ج»: بقول. وهو تصحيف.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «ج»: ساقطة.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «أ»: قلت. وفي «ج» و«د»: أثبتة.

(١١) في «د»: الورثة.

(٥) في «ج»: قليلاً أو كثيراً.

(١٢) في «ج» و«د»: من.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(١٣) في «د»: حاحد.

(٧) في «ج»: فالباع... ديناً: ساقطة.

الصلح على الإنكار ليس بيع في حق المدعى عليه.

رجل أمر رجلاً أن يبيع مملوكه هذا^(١) بألف درهم فباعه وقض الثمن فردّها إلى البائع ثم إن السانع زاد في العقد داراً قيمتها خمسمائة فهذا جائز و[صدر]^(٢) العبد والذّار بألف درهم والوكيل متطوع فيما زاد، وللشفيع أن يأخذ الذّار [مالشفعة]^(٣) بثلاث الألف، ولو استحققت الذّار يرجع بثلاث الألف على الوكيل ولا يرجع الوكيل على الأمر شيء، وإن استحق العبد يرجع الوكيل بالألف كلها فيدفع ثلثيها إلى المشتري والثلث له؛ لأن الأمر أمره يبيع العبد بالألف وهو باع العبد والذّار بالألف فيرجع عليه بالألف^(٤) والمشتري اشتريه بثلاثي الألف فيرجع بذلك.

مملوك صغير بين شريكين يجبران على التفقة، وكذلك الكبير؛ لأنه لو كان لأحدهما يجبر فكذا إذا كانت بينهما بخلاف الدابة فإنها إذا كانت لأحدهما لا يجبر فكذا إذا كانت^(٥) بين اثنين، فإن أنفق أحدهما وقال الآخر: ليس عندي ما أنفق عليه يبيعه الحاكم ممن ينفق عليه، فإن لم يجد ينفق عليه^(٦) من بيت المال فإذا^(٧) قال الشريك: أنا أنفق عليه، يكون ذلك ديناً عليك^(٨) بحصتك أمر بذلك ولا يجبر فإن زادت التفقة على قيمة العبد فذلك على مولاه.

ولو كانت دابة أو نخلاً فإنه لا يجبر على ذلك.

إذا كان لرجل نخلة في ملكه فخرج سفعها إلى ملك غيره فأراد الآخر قلعها فله ذلك؛ لأنه قد شغل أرضه بملكه فله أن يفرغه إذا كان لا يفرغ صاحبه. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

(١) في «د»: نقداً.
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «د»: وهو باع.... بالألف: (٨)
(٥) في «أ»: ساقطة.
(٦) في «د»: وفي «أ»: عليه، وأثبتنا الأول.
(٧) في «د»: ساقطة.

كتاب الزهن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: في الألفاظ التي ينعقد بها الزهن وفيما لا ينعقد، وفيما يحوز الزهن، وفيما لا يحوز، وفي إعاره الزهن^(٢) وفيما يهلك^(٣) الزهن بالدين، وفيما لا يهلك^(٤)، وفيما يقع رهناً بكل الدين ويسقط كل الدين بهلاكه، وفيما يقع رهناً ببعض الدين ويسقط بعض الدين بهلاكه، وفيما للمراهن أن يقبض بعض الزهن بقضاء بعض الدين وفيما ليس له ذلك، وفيما يطل الزهن وفيما لا يطل.

الفصل الثاني: فيما يجبر على بيع المرهون وتواضعه وزوائده وفيما لا يجبر، وفيما تجب عليه نفقة الزهن وكسوته ومؤونة الرد ودواؤه وغيرها وفيما لا تجب عليه، وفيما يرجع المرتهن على الراهن بما أتمق على الرهن، وفيما لا يرجع، وفيما يضمن المرتهن وغيره وفيما لا يضمن، وفيما يجب على العبد المرهون السعاية وفيما لا يجب، وفي^(٥) جناية الزهن وعلى الزهن، وفيما يدخل تحت الزهن بيعاً^(٦) وفيما لا يدخل.

الفصل الثالث: فيما يعود رهناً، وفيما لا يعود، وفي اختلاف الراهن مع المرتهن في هلاك الزهن واستهلاكه وردّه واسترداده، وفيما للأب أن يرهن مال ولده بدينه، وفيما للوصي أن يرهن مال اليتيم وفيما ليس لهما ذلك، وفيما يصح تعليق الزهن بالشرط وفيما لا يصح، وفيما يجعل رهناً مكان الزهن^(٧) الأول.

الفصل الرابع: في المسائل المنفرقة.

(١) في «ج» و«د»: غير واردة (٢) في «ج» و«د»: وفي إعاره الزهن: ساقطة.
(٣) في «ج» و«د»: يهلك، وفي «أ»: يملك، والأول المثلث
(٤) في «ج» و«د»: يهلك. وفي «أ»: يملك، والمثلث الأول
(٥) في «ج»: وفيما. (٦) في «ج»: تبعاً.
(٧) في «د»: ساقطة.

الفصل الأول

في الألفاظ التي ينعقد بها الرهن وفيما^(١) لا ينعقد الخ

رجل له على رجل مال فأعطاه ثوباً، وقال: أمسك هذا [حتى]^(٢) أعطيك مالك، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: هذا رهن، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هذا وديعة، ولو قال: أمسك هذا بذلك المال أو أمسكه رهناً [فإنه]^(٣) يكون رهنأ بالاتفاق، لأنه لما أمره بالإمساك بالمال فقد رهن بالمال فهذا تفسير الرهن، والله تعالى أعلم.

وأما فيما يجوز الرهن وفيما لا يجوز:

رجل رهن جارية لها زوج فذلك جائز ولزوجها أن يطأها؛ لأن الوطاء مستحق له^(٤) وليس له أن يحول بينهما؛ لأنه رهنها، وهي مشغولة بحق الزوج، فإن وطئها الزوج ماتت من ذلك سقط الدين وجعل كآنها ماتت من مرض؛ لأن الوطاء مستحق له وكذلك لو رهنها وليس لها زوج ثم تزوجها^(٥) رجل^(٦) بإذن المرتهن فهذا والأول سواء، ولو تزوجها^(٧) بغير إذن المرتهن جاز النكاح، وللمرتهن أن يمنع من غشيانها، لأن إطلاق الوطاء يخل بالحبس، فإن غشياها فالمهر رهن بها^(٨) بمنزلة كسبها، وإن لم يغشها فالمهر لا يكون رهنأ؛ لأن هذه الزيادة ما حصلت بفعلها، بل حصلت بفعل المولى وهو العقد فإن وطئها وماتت من ذلك فالمرتهن بالخيار إن شاء ضمن الرهن؛ لأن الهلاك كان بسببه، وإن شاء ضمن الزوج؛ لأنها هلكت بفعله فإن ضمن الزوج فله أن يرجع على المولى^(٩) إن لم يعلم بذلك وقت النكاح وإذا أعلمه^(١٠) لا يرجع، هكذا ذكر في «العيون».

رجل غصب عبداً فرهنه فهلكت ثم جاء مولاه فإن ضمن الرهن ثم الرهن^(١١)؛ لأنه صار ملكاً له [من]^(١٢) وقت الأخذ، وإن ضمن المرتهن ثم رجع المرتهن على الرهن بطل الرهن؛ لأن المرتهن لما رجع على الرهن وأخذ منه الضمان الآن صار ملكاً للرهن، والقبض على وجه الرهن سبق أداء الضمان فبطل، ولو أن الغاصب دفعه إلى رجل ثم رهنه بعد ذلك من المدفوع إليه فجاء صاحبه فضمن الغاصب أو المرتهن مرجع هو على الرهن جاز الرهن في الوجهين جميعاً؛ لأنه في الوجهين صار ملكاً للغاصب قبل عقد الرهن؛ لأن

- | | |
|-----------------------|--------------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: وما. | (٧) في «د»: زوجها. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: الولي. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «د»: وإذا علم. |
| (٥) في «د»: زوجها. | (١١) في «ج»: ضمن الرهن: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |

الصَّمان وجب عليه بالدفع وعقد الرهن متأخر عن ذلك.

ولو لم يغصب لكن كان العبد وديعة عنده فرهنه عند رجل ودفعه إليه فهلك عنده^(١) فجاء مولاه وضمن الزَّاهن، أو المرتهن بطل الرهن؛ لأنه ضمن بالدفع والمعاقدة قبل ذلك. ألا ترى: لو أنَّ رجلاً رهن عبداً لرجل وتعاقدا على ذلك ثم إن الزَّاهن اشتراه ودفعه إليه لا يكون رهناً؛ لأنَّ الزَّاهن إنما ملكه بعد عقد الرهن؛ وكذلك البيع.

ولو غصب رجل عبداً ثم باعه ثم جاء صاحبه فإن ضمن العاصب قيمته يوم النصب جاز البيع^(٢) فإن ضمنه قيمته يوم الدفع لا يجوز البيع؛ لأنَّ العاصب إنما ملكه يوم الدفع وبيعه قبل ذلك فلم يجر بيعه.

الأعيان إذا كانت أمانة أو مضمونة بغيرها لا يجوز الرهن بها؛ لأنَّ الرهن شرع للاستيثاق وأنه غير مشروع في الأمانة، وإن كانت مضمونة بنمساها، جاز مثل الأعيان المضمونة والمتزوج عليها وغير ذلك فإن أخذ المضمون منه رهناً بالمغصوب أو المرأة فهلك الرهن في يده أو في يدها فإنه يضمن بالأقل من قيمته ومن الدين ويأخذ العين وإن هلك العين قبل هلاك الرهن فإن الرهن يكون رهناً بالقيمة؛ وأما المضمون بغيره مثل المبيع لو أخذ المشتري به رهناً فهلك يهلك بغير شيء، لأنَّ المبيع لو هلك قبل القبض لا يضمن شيئاً. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا الفصل الأخير خلاف رواية المبسوط؛ لأنه قال في كتاب الصرف: إذا باع شيئاً وأخذ به رهناً فهلك الرهن فإنه يضمن الأقل من قيمته ومن قيمة السيف لا يجوز الرهن؛ لأنَّ ما في حق الرهن^(٣) مفيد للحكم لا مقبوضاً؛ لأنَّ الرهن شرع وثيقة بجانب الاستيفاء، وإنما يحصل الثبوت بوقوع الأمن عن الجحود [وإنما يقع الأمن عن الجحود]^(٤) بالقبض حتى يحاف الرَّاهن جحود المرتهن فيمتنع عن جحود الدين.

ولا يجوز رهن المشاع عقاراً كان أو غيره بناء على أنَّ حكم الرهن عندنا ملك اليد والحبس مدة الرهن مطلقاً والمشاع لا يقبل الحبس مطلقاً، فلا يقبل حكم الرهن وما^(٥) جار بيعه جاز رهنه؛ لأنَّ عقد الرهن عقد تملك يدأ فإذا ملك تملك العين رقة ويدأ أولى أن يملك تملكه يدأ.

ولو كان عبداً بين رجلين أو غيره فرهن أحدهما نصيبه من صاحبه لم يجز؛ لأنَّ المشاع لا يقبل حكم الرهن وهو استحقاق الحبس في مدة الرهن مطلقاً، ولو زاد الزَّاهن في الرهن^(٦) رهناً آخر جاز، ولو زاد المرتهن في الدين لم يكن في الرهن الأول في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: تلحق الزيادة بالأصل^(٧) ويكون الرهن بهما جميعاً. أبو يوسف^(٨) رحمه الله تعالى يقول: الذين مع

(١) في «ج» و«د»: فهلك عنده؛ ساقطة. (٢) في «ج» و«د»: ولو غصب... البيع؛ ساقطة

(٣) في «ج»: الزَّاهن. (٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «د»: ومن.

(٦) في «ج» و«د»: ساقطة. (٧) في «ج» و«د»: بالأصل، وفي «أ»: بالأصل، والمنهت الأول.

(٨) في «ج»: غير واردة.

الرهن بمنزلة الثمن مع المثل، ثم الزيادة في المثل لما جاز جازت الزيادة في الثمن فإذا حارت الزيادة^(١) في الرهن يجب أن تجوز في الدين، وهما رحمهما الله تعالى يقولان. إن الزيادة تغيير العقد^(٢) فإنما تجوز بتغير العقد بالتصرف فيما وجب بالعقد والرهن واجب بالعقد والدين لا؛ لأنه واجب قبل الرهن بخلاف الثمن والمثل؛ لأنهما واجبان بالعقد.

ولو رهن شيئين بثلاثين درهماً أحدهما بعشرة دراهم^(٣) والآخر بعشرين لم يجز الرهن سواء كان قيمتهما على السواء أم على التفاوت؛ لأن هذه الجهالة^(٤) [له] تمضي إلى المنازعة بينهما حال هلاك أحدهما؛ لأن المرتهن يقول: كان بإزائه عشرة [دراهم]^(٥) وإنما ذهب من الدين عشرة [دراهم]^(٦) والزاهن يقول: كان بإزاء عشرون وإنما ذهب من الدين عشرون فإذا كانت هذه الجهالة مفضية إلى المنازعة حالة الهلاك منعت الجواز.

ولو رهن بكفالة نفس أو قصاص لم يجز؛ لأن الرهن جعل المال محبوساً بحق يمكن استيفاءه [من الرهن ولا يمكن استيفاءه]^(٧) هذه الحقوق من الزاهن.

ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن وكذلك الشفعة والعارية والإجارة أو بما أدركه من درك لم يضمن في شيء من ذلك إن هلك؛ لأنه لو ضمن إنما يضمن بالعقد وهذا العقد لم ينقذ فاسداً حتى يلحق بالصحیح في إيجاب حكم وهو الضمان؛ لأن الرهن حصل بما ليس بمال والرهن تملك مال بمال؛ لأنه عقد استيفاء. وفي الاستيفاء تملك المال بالمال.

ولو رهن عبداً بألف درهم نصفه بستمائة ونصفه بأربعمائة لم يجز وكذلك لو قال: كل نصف بنصف الدين لم يجز؛ لأن هذا رهن مشاع ورهن المشاع لا يجوز.

ولو ادعى الرهن رجلان وقامت لهما بينة وهو في يد الزاهن [أو في يدي الزاهن]^(٨) والمرتهن كان الرهن باطلاً إن لم يؤرخا. وهذا قياس، وفي الاستحسان: يقضى لكل واحد منهما بالنصف، وبالقياس أخذ مشايخنا. وهذه من المسائل التي ترك الاستحسان بالقياس؛ لأنه تعذر القضاء بالبينتين بعقد واحد كأنه رهن منهما بعقد واحد؛ لأنه قصى بما لم يشهد به الشهود فإن كان فريق شهد أنه رهن الكل منه بعقد على حدة، وتعذر القضاء بعقدين؛ لأننا إذا قضينا بعقدين يحتاج إلى أن يقضى بالمنصفة^(٩) بعد ذلك؛ لأنه ليس أحدهما بأولى من الآخر فيكون هذا قضاء برهن شائع ورهن الشائع باطل.

ولو مات الزاهن وهو في أيديهما جاز وهما أولى من سائر الغرماء استحساناً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الرهن باطل في

(١) في «د»: من الثمن... الزيادة: ساقطة.
(٢) في «ج»: تغيير العقد. وفي «أ» و«د»: تعتبر الحد وأثبتنا الأول. (٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة.
(٧) في «أ»: ساقطة. وهي زيادة في «ج» و«د».
(٨) في «أ»: ساقطة. وهي زيادة في «ج» و«د».
(٩) في «ج»: بالمنصفة. وفي «أ»: بالمنازعة ولمنع تصحيف ولذا أثبتنا ما في «ج» و«د».

الموت والحياة أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: المانع من صحة القضاء بهذه البيّنة يشتمل حياة الزّاهن ومماته وهو أنّه لا يؤدي إلى القضاء برهن شائع. وهما^(١) ورحمهما الله تعالى يقولان: إن المانع حالة الحياة معدوم حالة^(٢) الوفاة فإن المانع تمكن شيوع له قرار فإن حال حياة الزّاهن لا يجب للبيع بالذّين إلّا برضى الزّاهن والمرتهن جميعاً وشيوع له قرار في باب الزّهن يوجب فساد الزّهن بهذا المعنى معدوم بعد الوفاة؛ لأنّا متى قضينا بالزّهن يتمكن شيوع لا قرار له؛ لأنّه يجب البيع بالذّين.

ونظير هذا: ما قالوا في رجلين ادّعى نكاح امرأة وأقاما البيّنة حال حياتها لا تقبل وبعد وفاتها تقبل؛ لأنّ بعد وفاتها المانع معدوم وهو تمكن الشّركة في ملك النّكاح وإنّا تمكن الشّركة في المال والمال قابل للشّركة.

ولو رهن رجل رهناً على أنّه بالخيار ثلاثة أيام جاز؛ لأنّ الزّهن في جانب الزّاهن لازم فكان اشتراط الخيار مفيداً وهو ثبوت ولاية الفسخ [وذلك الخيار]^(٣) وإن كان المرتهن بالخيار ثلاثة أيام فالزّهن جائز. والخيار باطل؛ لأنّ اشتراط الخيار لا يفيد؛ لأنّ له ولاية الفسخ بدون الخيار.

ولو رهن كافر عند مسلم خمراً لم يجز؛ لأنّ المسلم لا يجوز شراؤه الخمر من ذمي، فكذا لا يجوز ارتهانه، فإن صار خلاً لا يعود جائزاً؛ لأنّ الزّهن في الابتداء^(٤) وقع فاسداً فلا يصير جائزاً. وإن كان قيمة [الخمر]^(٥) [يوم]^(٦) الرهن والذّين سواء فله أن يدع الخل ويبطل الذّين، لأنّ الزّهن لَمّا لم يصح الخمر مضموناً على المسلم للذّمي ووجب قيمته على المسلم للذّمي، وللمرتهن على الذّمي دين فتجعل القيمة قصاصاً بالذّين.

ولو رهن مسلم من مسلم عصيراً فصار خمراً لم يكن للزّاهن قبضها وللمرتهن أن يخلّها، فرق بين هذا وبينما إذا كان الزّاهن كافراً والمرتهن مسلماً، فإن له أن يأخذ الخمر ويبطل الزّهن ويكون الذّين عليه وليس للمسلم أن يخلّها وإن فسد الزّهن في المسألتين جميعاً، والفرق: أنّه متى كانا مسلمين ويخمر فقد تغير حق المرتهن وحق الزّاهن جميعاً. أمّا حق المرتهن؛ فلأنّ حقه في الزّهن صار بحال لا يضمن بالإتلاف. وأمّا حق الزّاهن، فلأنّ ملكه في الزّهن صار بحال لا يضمن بالإتلاف فاستويا في التعير وإذا استويا صار الحال بعد التّغيير كالحال [قبل التّغيير]^(٧)؛ لأنّ قبل التّغيير استويا وقبل التّغيير كان المرتهن أحقّ بإمساك هذا العين فكذا بعد التّغيير لاستوائهما. أمّا إذا كان الزّاهن كافراً والمرتهن مسلماً فحق المرتهن إن تغير؛ لأنّه صار بحال لا يضمن بالإتلاف فحق الزّاهن لم يتغير فاستويا والمرتهن وإنّا^(٨) كان أحقّ بإمساك هذا العين حالة المساواة ولا مساواة.

(١) الصّير يعود على الإمامين: أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى كما صرح به في «ج» و«د».

(٢) في «ج»: بعد. (٣) في «أ»: ساقطة. (٤) في «ج» و«د»: من الأول.

(٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(٧) في «أ»: ساقطة. (٨) في «ج»: إذا.

ولو حُلِّلَ المسلم خمر الدّمي فهو ضامن لقيمتها يوم خلّلها؛ لأنّه حُلِّلَ خمر كافٍ فيضمن قيمتها ويملك^(١) الخل^(٢) بالضمنان.

ولو أعار المقارض^(٣) متاعاً من الشّركة رجلاً ليرهنه جاز مثل الكفالة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى. لا يجوز؛ لأنّ المعير للزّهن مقرض ماله والكفيل مقرض أيضاً ما يؤدّي فإذا كفّل أحدهما جاز على صاحبه عند أبي حنيفة، ولم يجوز عندهما. فكذا هنا إلا أن عندهما في الكفالة جاز في حق نفسه وهنا لا يجوز أصلاً؛ لأنّه لما لم يجوز على شريكه بقي هذا الزّهن في حقه مشاعاً والزّهن^(٤) المشاع لا يجوز. وعلى هذا الاختلاف أن أحد المتفارضين إذا أقرض شيئاً من مال المفاوضة يجوز على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى. لا يجوز^(٥) ولو استعار رجل من رجل ثوباً ليرهنه فره من بما عزّ وهان حاز^(٦)؛ لأنّ الأمر مطلق، ولو سمي [له]^(٧) ربّ الثوب عشرة دراهم ليرهنه بها فره من بأقل منها أو أكثر ضمن قيمته. أمّا الأكثر؛ فلأنّ المالك لم يرض بحبس ماله بذلك القدر^(٨)، وأمّا الأقل^(٩)؛ فلأنّ المالك لم يرض بالزّهن إلا بشرط أن يحصل له عند الهلاك عشرة على المستعير^(١٠)، وهذا إذا كان قيمة الزّهن عشرة أو أكثر أمّا إذا كان قيمته ثمانية فزهن بثمانية جاز؛ لأنّه وإن رهن بعشرة لا يحصل له عند الهلاك على المستعير إلا بثمانية.

ولو رهن بما سمي جاز ويرجع المعير على المستعير بقدر ما سقط من دينه عليه. أمّا الجواز؛ فلأنّه رهن بأمره، وأمّا الرجوع؛ فلأنّه قضى دينه بماله فصار مستقرضاً ماله وكذلك لو كان الزّاهن معسراً، فقضاء ربّ الثوب وافتكه رجع عليه، ولم يكن متطوعاً وإن لم يأمره بالقضاء؛ لأنّه قضى دينه وهو غير متطوع في القضاء؛ لأنّه يحتاج إلى تخليص ماله، فكان له أن يرجع عليه وليس للمرتهن أن يمنع ربّ الثوب ثوبه إذا قضاها والزّاهن معسر؛ لأنّه قضاه دينه وهو غير متبرع في القضاء فيجبر على القبول فيصير ماله مفتكاً فيجب ردّه عليه. ولو قضاه الزّاهن وأخذ الثوب وهلك في يده أو هلك قبل أن يرهنه لم يضمن لصاحبه شيئاً؛ لأنّه صار مستقرضاً حكماً لقضاء الذين بماله ولم يوجد فلا يصير مستقرضاً.

ولو رهن رجلان عند رجلين رهناً بينهما بدين عليهما فإن كان الديان جنسين مختلفين فهو جائز؛ لأنّ الكل صار مرهوناً بدين كل واحد منهما فلا يتمكن الشيوع فلا يمنع^(١١) الجوز، ولو رهن كل واحد على حدة لم يجوز؛ لأنّه توقف رهنه في نصيب شريكه على

(٧) في «ه»: ساقطة.

(٨) في «ه»: العنبر.

(٩) في «ه»: الأول.

(١٠) في «ه»: المستعير.

(١١) في «ه»: يمكن.

(١) في «ه»: يهلك.

(٢) في «ه»: ساقطة.

(٣) في «ه»: المقارض، وفي «ه» و«ه»: مفارض والمشت هو الأول.

(٤) في «ه»: رهن بدون آل.

(٥) في «ه»: ساقطة.

(٦) في «ه»: ساقطة.

إجازته فإذا عدم الإجازة بقي الزهن في نصيبه شائعاً فلا يصح^(١).
وأما فيما يهلك الزهن بالذبن وفيما لا يهلك بالذبن^(٢):

ولو رهن شجرة فرصاد وهي^(٣) مع ورقها تساوي عشرين درهماً فذهب أوان الورق وانتقص ثمنه. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا عندي بمنزلة نقصان الشعر؛ لأن الشجر لم يتغير عن حاله فيكون الذبن على حاله.

رجل رهن رجلاً مصحفاً وأمره بالقراءة فيه فإن قرأ منه صار عارية وبطل الزهن حتى لو هلك الزهن في تلك الحال لم يهلك الذبن فإن مرغ منه صار رهناً، ولو هلك يهلك بالذبن؛ لأن حكم الزهن هو الحبس فإذا استعمله بإذنه فقد تغير حكمه فبطل الزهن وصار عارية فإذا امتنع عن^(٤) الانتفاع عاد رهناً؛ لأنه قبضه على وجه الزهن وذلك القبض باقٍ وكذلك إذا رهن خاتماً وأمره أن يتختم به فتختم به فتنضم في خنصره أو رهن ثوباً وأمره باللبس أو دابة وأمره بالركوب.

رجل دخل مدينة فنزل خاناً، فقال له صاحب الخان: لا أرضى بنزولك ما لم تعط^(٥) شيئاً فأعطاه ثوباً فهلك عنده فإن أعطاه ليكون رهناً بأجرة^(٦) الخان فلا ضمان عليه كما في هلاك الزهن، وإن أخذه لما ظن أنه سارق فخشي عليه فإنه يضمن. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: لا يضمن أيضاً؛ لأنه غير مكروه في الدفع.

رجل له على رجل ألف درهم [ولها كفيل]^(٧) ورهن المطلوب ثم أعاره^(٨) الكفيل رهناً آخر [بها]^(٩) فهلك الزهن الثاني. إن علم بالزهن الأول حين رهنه يهلك بالتصف؛ لأنه مع الأول صار رهناً بالذبن وإن لم يعلم يهلك بجميع الذبن. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى ذكر هذه المسألة في كتاب الزهن ولم يشترط العلم فيحتمل أن على تلك الرواية^(١٠) سوى بين العلم والجهل.

رجل له على رجل ألف درهم وله كفيل بإذن المطلوب وبه رهن فقضى الوكيل الذبن ثم هلك الزهن في يدي المرتهن يهلك بالذبن وللكفيل أن يرجع^(١١) على المطلوب؛ لأنه أذى دينه بأمره وليس له على الطالب سبيل بل للمطلوب أن يرجع على الطالب ويطالبه برده الزهن^(١٢) إليه؛ لأنه وصل إليه حقه وإلا فيأخذ منه ما أداه الكفيل.

وكذلك لو أن رجلاً باع من آخر شيئاً وأخذ الكفيل الثمن بأمر المشتري فأذى الكفيل الثمن ثم هلك المبيع قبل القبض فهو على ما ذكرنا.

(١) في «ج»: فلا يصح: ساقطة. (٧) في «ج»: كما في: ساقطة.

(٢) في «ج» و«د»: ساقطة. (٨) في «ج» و«د»: أعطاه.

(٣) في «ج» و«د»: فرصاد وهي. ساقطة. (٩) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «د»: تمنني. (١١) في «ج»: أن يرجع: ساقطة.

(٦) في «ج»: فأجره. (١٢) في «ج» و«د»: المرتهن.

رحل رهن عبداً فأبقى العبد بطل الذبن كما لو هلك، ولو وجده عاد رهنًا ويسقط من الذبن بحساب ما نقصه ذلك^(١)؛ لأن الإناق [عيب]^(٢) حدث في يده. هذا [إذ]^(٣) أبق أول مرة فإن كان أبق قبل ذلك لا يسقط من الذبن شيء؛ لأنه ما تعيب بعيب حادث، بل هذا^(٤) عيب قديم.

رجل دفع^(٥) إلى رجل ثوبين، وقال: خذ^(٦) أيهما شئت رهنًا بما كان لك [علي]^(٧) فأخذهما فضاعا في يده لا يذهب من الذبن شيء؛ لأنهما ما^(٨) هلكا رهنًا؛ لأنه إنما يصير رهنًا إذا اختار أحدهما. أما قبل الاختيار هو^(٩) ليس برهن فصار كرجل له على رجل عشرون درهماً فجاء المطلوب بمائة، وقال: خذ من هذا عشرين [درهماً]^(١٠) فضاعت المائة^(١١) قبل أن يأخذ فإنه يهلك من مال الدافع والذبن على حاله.

ولو جاء بثوبين، وقال: خذ أحدهما رهنًا والآخر بضاعة عنده^(١٢) فإن نصف كل واحد منهما يصير رهنًا بالذبن؛ لأن أحدهما ليس بأولى من الآخر في كونه رهنًا فيشيع الزهن فيهما، وهذا الشيع ثبت ضرورة فلا يمنع الجواز كما إذا رهن بعشرة دراهم [دراهم]^(١٣) أكثر من عشرة بقدر العشرة شائعاً رهن والزيادة أمانة.

رجل له على آخر دراهم دين ففضاه ولم ينتقده القابض فأداه^(١٤) الخريم بها عبتاً، وقال: ما كان فيها من الذي لا يروج فخذ^(١٥) هذا رهنًا به. قال^(١٦): إن وجد كلها أو بعضها زيوفاً لا يكون ذلك رهنًا به؛ لأن الاستيفاء قد يقع بالزيوف فلا يكون ذلك مضموناً على القابض، وإن وجد بها رصاصاً أو ستوقه يكون ذلك رهنًا ويكون مضموناً؛ لأن هذا مما لا يقع به الاستيفاء وهو المروي عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى.

والزهن الجائز في يد المرتهن: على ثلاثة أوجه: وهو [أن]^(١٧) تكون قيمته مثل الذبن^(١٨) فإذا هلك هلك بما فيه، أو يكون الزهن فضل فهو أمين في الفضل، أو يكون قيمة الزهن أقل من الذبن فيرجع عليه بفضل دينه؛ لأن الزهن يد استيفاء، والاستيفاء إنما يكون بقدر الدين ويقدر مالية المرهون.

ففي الوجه الأول: الذبن مثل مالية المرهون فصار مستوفياً مثل الذبن فلا يرجع على الزامن بشيء.

- | | |
|--|-------------------------------|
| (١) في دج: ساقطة. | (١٠) في دأ: ساقطة. |
| (٢) في دأ: ساقطة. | (١١) في دج: ساقطة. |
| (٣) في دأ: ساقطة. | (١٢) في دج: ساقطة. |
| (٤) في دج: ساقطة. | (١٣) في دأ: ساقطة، وهي في دج. |
| (٥) في دج: ساقطة. | (١٤) في دج: ساقطة. |
| (٦) في دأ: ساقطة. | (١٥) في دج: ساقطة. |
| (٧) في دج: ما: ساقطة. | (١٦) في دج: ساقطة. |
| (٨) في دج: بما كان لك علي... رهنًا: ساقطة. | (١٧) في دأ: ساقطة، وهي في دج. |
| (٩) في دج: هما. | (١٨) في دج: ساقطة. |

وفي الوجه الثاني: مالية المرهون فاضلة على الدين فلا يتصور الاستيعاء في حق الفاضل فيكون أميناً في الفصل ضرورة.

وفي الوجه الثالث: مالية المرهون لما كانت دون الدين لا يتصور الاستيفاء بقدر التقصان فيرجع^(١) عليه ضرورة وهلاك الزهن في يد العدل كهلاكه في يد المرتهن؛ لأن العدل نائب عن المرتهن والزاهن جميعاً في القبض. أما المرتهن لأنه أمره بالقبض للحبس^(٢) [له]^(٣). وأما الزاهن؛ لأنه أمره بالقبض للحفاظ عليه فصار الهلاك في يد العدل كالهلاك في يدي المرتهن، فلو قبض المرتهن ثم هلك الزهن ردة الدين؛ لأن قبض الدين لم يسقط الدين عن الغريم من كل وجه، ولهذا صحت الهبة، وإذا بقي أصل الدين بقي الزهن بقي الضمان.

ولو قضى الدين رجل متطوع ثم هلك الزهن ردة عليه ماله وهلك الزهن بما فيه؛ لأن بهلاك الزهن صار مستوفياً مستنداً إلى وقت القبض ويظهر الاستناد في حق التصرفات التي تحتل القبض^(٤) بعد وقوعه وقضاء المتطوع يحتمل النقض^(٥) وإذا استند ظهر أنه استوفى من المتطوع بعدما استوفى من الزاهن حكماً [فلزمه الرد]^(٦) وإذا رد ردة على المتطوع؛ لأنه لم^(٧) يصير ملكاً للزاهن؛ لأنه قضى دينه بغير أمره.

ولو هلك الزهن في يدي المرتهن وتصادق أنه لم يكن عليه دين رد عليه دينه؛ لأنه بالهلاك صار مستوفياً للدين حكماً؛ لأنه عند الهلاك لم يوجد منهما التصديق على أن لا دين قبل الهلاك فيعتبر بما لو استوفاه حقيقة ثم تصادق أن لا دين عليه.

ولو أحال الزاهن على رجل ثم هلك الزهن بطلت الحوالة والزهن بما فيه؛ لأن الزاهن بالحوالة إنما برىء عن الدين بعوض؛ لأن المحتال عليه يرجع على الزاهن إذا لم يكن له على المحتال عليه دين فصار بمنزلة ما لو برىء بالإيفاء ولو برىء بالإيفاء^(٨) بقي الزهن مضموناً على المرتهن كذا ها هنا.

ولو رهن عبداً بألف درهم وقيمه ألف ثم تغير السعر فصارت قيمته^(٩) خمسمائة ثم هلك، [هلك]^(١٠) بالدين كله، ولو^(١١) ذهب عنه يسقط نصف دينه، لو افتكه وقيمه مائة درهم افتكه بالدين كله، لأن سبب الضمان هو القبض والقبض ورد على العين بجميع أوصافه والعين بجميع أوصافه لم ينتقض وإنما انتقض القيمة والقيمة لم يرد عليها النقص، ولو ذهب عين الرهن سقط ربع الدين؛ لأن العين من الذابة التي تستعمل عليها ربعها

(١) في «د»: ساقطة. (٢) في «ج» و«د»: للحبس، وفي «أ»: للدين، وأثبتنا الأول.

(٣) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(٤) في «ج» و«د»: النقض. وفي «أ»: القبض والمثبت ما في «أ».

(٥) في «ج» و«د»: النقض، وفي «أ»: القبض، وأثبتنا الأول. (٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «ج»: لا. (٨) في «ج» و«د»: ولو برىء بالإيفاء. ساقطة.

(٩) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «ج» و«د»: وإن.

فقد فات ربعها فيسقط ربع الدين.

ولو رهن أرضاً ونخلأ بألف درهم وقيمة كل واحدة خمسمائة فاحتترقت النخيل ذهب نصف الدين، لأن النخيل كانت مضمونة بنصف الدين والأرض بالنصف فيسقط نصف الدين بقوات النخيل. فرق بين هذا وبينما إذا اشترى أرضاً وفيها نخيل فهلك في يد البائع حيث لا يسقط شيء من الثمن. والفرق: أن ضمان الزهن يجب بالقبض، والقبض يرد على الأصل والوصف جميعاً فصار الأصل مضموناً كالوصف وضمن البيع بمثل ضمان^(١) المبيع أصلاً والمبيع أصلاً هو الأرض والنخيل تبع، ولهذا دخل تحت البيع من غير شرط.

ولو رهن قلب فضة وزنه عشرة دراهم بعشرة دراهم إن كانت قيمته مثل وزنه عشرة إن هلك يهلك الدين فهو قولهم جميعاً: لأننا إن نظرنا [إلى الوزن ففي الوزن]^(٢) وفاء بالدين وإن نظرنا^(٣) إلى القيمة ففي القيمة أيضاً وفاء بالدين وإن انكسر كان له الخيار إن شاء اتكه بجميع الدين وأخذ المكسور وإن شاء تركه عليه فإن اختار الترك بماذا يترك القلب بالقيمة أم بالدين؟ اختلفوا فيه^(٤): قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يترك^(٥) بالقيمة ويضمنه قيمته مصوغاً من خلاف جنسه وبصير القلب للمالك^(٦) بالضمان وتكون القيمة رهناً إلى أن يقضي الزاهن الدين. وقال محمد رحمه الله تعالى: يترك القلب عليه بالدين لا بالقيمة. محمد رحمه الله تعالى يقول: إن سبب الضمان هو القبض والقبض واحد، وهذا القبض أوجب ضمان الدين حالة الهلاك لا ضمان القيمة فكذا أوجب أن يوجب ضمان الدين حالة الانكسار؛ لأنهما ضمانان^(٧) مختلفان؛ لأنه بضمان القيمة يملك المضمون وبضمان الدين لا يملك حتى إن العبد المرهون إذا مات فكفنه على الزاهن فلا يجاب^(٨) لسبب واحد. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إنه لو ترك القلب عليه بالدين فإنما يترك؛ لأنه صار هالكاً حكماً بالانكسار فيصير المرتهن مستوفياً دينه، ولا وجه إلى هذا؛ لأننا لو جعلناه مستوفياً في الابتداء احتجنا إلى نقض الاستيفاء في الانتهاء؛ لأن من حكم الزهن أنه إذا هلك تصير المالية للمرتهن وتبقى العين على ملك الزاهن، ولهذا قالوا: إذا كان الزهن عبداً ومات يجب الكفن على الزاهن، وإذا بقي العين على ملك الزاهن يأخذ العين مع المالية؛ لأن المالية^(٩) في العين فتصير المالية للزاهن تبعاً للعين فينتقص الاستيفاء فلم يبق طريق^(١٠) ينتفي به الضرر والربا سوى التضمنين بالقيمة من خلاف الجنس هذا إذا كانت قيمته مثل وزن عشرة والدين أيضاً عشرة، فإذا كانت قيمته أقل من وزنه بأن كان وزنه عشرة^(١١) وقيمته سبعة والدين عشرة إن هلك، اختلفوا فيه^(١٢) قال أبو حنيفة: يهلك

(٧) في «ج» و«د»: حسان.

(٨) في «ج» و«د»: يختار.

(٩) في «ج» و«د»: لأن المالية ساقطة.

(١٠) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١١) في «ج» و«د»: الدين... عشرة ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٢) في «د»: ففي الوزن: ساقطة.

(٣) في «د»: ساقطة.

(٤) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٥) في «د»: غير واضحة.

(٦) في «ج» و«د»: للمرتهن.

مضموناً بما فيه فيصير مستوفياً دينه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إن للزاهن أن يضمه قيمته من خلاف جنسه وتكون القيمة رهناً عنه إلى أن يستوفي الدين. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن القبض قبض واحد، وهذا القبض أوجب ضمان القيمة. لا ضمان الدين حالة الانكسار بالإجماع فلا يجوز أن يوجب ضمان حالة الهلاك لما قل قبل هذا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إنما أوجبنا ضمان القيمة حالة الانكسار ولم يجعل مستوفياً دينه في الابتداء حتى لا ينتقض الاستيفاء في الانتهاء. هذا المعنى معدوم حالة الهلاك؛ لأن بعد الهلاك لا ينتقض الاستيفاء، وإن انكسر فالزاهن بالخيار إن شاء افكه^(١) بجميع الدين وأخذ المكسور وإن شاء ترك المكسور عليه وضمه قيمته بخلاف جنسه بالغاً ما بلغ وتكون القيمة عنده رهناً إلى أن يستوفي الدين ويصير القلب للمرتهن بالضمان عندهما. أما تخيير الزاهن؛ لأنه لا وجه إلى جبر الزاهن على الفكك بجميع الدين؛ لأنه يتضرر بفوات حقه في الضمنة والجودة ولا وجه إلى إسقاط بعض الدين بحقة النقصان وفكك الباقي بما بقي من الدين؛ لأنه يؤدي إلى الربا؛ لأنه يصير مستوفياً لبعض الدين باعتبار وصف الجودة والجودة لا قيمة لها في الأموال الربوية، ولا وجه إلى حمله مضموناً بمثله من جنسه؛ لأن القلب ليس من دوات الأمثال، ولا وجه إلى تضمينه بالقصة من جنسه^(٢) مثل وزنه^(٣)؛ لأنه يصير حيثئذ أشقى حالاً من الغاصب فإن الغاصب لا يضمن قيمته عشرة من جنسه وأنه قابض بغير إذنه فالمرتهن أولى وأنه قابض بإذنه فلم يبق طريق لفي الضرر عنهما على وجه يقع التحرز عن الربا إلا أن يتخير الزاهن بين الفكك بجميع الدين وبين تضمينه لقيمته من خلاف جنسه هذا إذا كان وزن عشرة وقيمته تسعة والدين عشرة فإن كان وزنه عشرة وقيمته أكثر من وزنه اثني عشر والدين مثل وزنه عشرة إن هلك يهلك بالدين عندهم؛ لأننا إن نظرنا إلى الوزن ففي الوزن وفاء بالدين، وإن نظرنا إلى القيمة، وفي القيمة وفاء بالدين يهلك بما فيه ويكون في الزيادة على الدين أمناً وإن انكسر فهذا على وجهين: أما إن انتقص قيمة القلب عن الدين، وهو عشرة بأن صار قيمة القلب تسعة أو لم ينتقص بأن صار قيمته عشرة فإن انتقص يخير الزاهن عندهم جميعاً إن شاء ترك القلب عليه وإن شاء افكه بجميع الدين وأخذ القلب؛ لأنه انتقص من المضمون شيء فيخير^(٤) عندهم فإذا^(٥) اختار الترك بماذا يترك عليه بالدين أم بالقيمة؟ فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يترك بالقيمة، وعند محمد رحمه الله تعالى: يترك عليه بالدين لا بالقيمة ثم بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى اختلاف في صفة ضمان القيمة. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يضمن القيمة بالغاً ما بلغ من خلاف جنسه ويصير القلب للمرتهن بالضمان وتكون القيمة عند المرتهن رهناً إلى أن يستوفي الدين. وقال أبو يوسف

(١) في «ج»: قبلة.

(٢) في «ج»: لأن القلب . . من جنسه : ساقطة

(٣) في «د»: مثل جنسه : ساقطة.

(٤) في «ج»: قبلة.

(٥) في «ج»: لأن القلب . . من جنسه : ساقطة

(٦) في «د»: مثل جنسه : ساقطة.

رحمه الله تعالى: يضمّنه خمسة أسداسه من خلاف جنسه فيبقى سدس القلب ملكاً للرّاهن وتصير خمسة أسداسه^(١) ملكاً للمرتهن فيكون رهناً مع سدس الزهن^(٢) إلى أن يستوفي دينه. ثم عد محمد رحمه الله تعالى: إذا تركه عليه بالزهن^(٣) تركه بخمسة أسداسه واسترد ما بقى، فإن لم تنتقص قيمته عن^(٤) عشرة، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يخبر الزّاهن أيضاً إن شاء افتكه ناقصاً بجميع الدّين وإن شاء ترك عليه بالقيمة، ثم كيف يضمّنه [بالقيمة]^(٥)؟ فعلى الاختلاف الذي حكيناه آنفاً. وقال محمد: لا يخبر بل يجبر الزّاهن على الفكّك فصار في مسألة الانكسار الخلاف في ثلاثة مواضع.

أحدها: أنّه^(٦) إذا انتقص وثبت له الخيار واختار الترك بماذا يترك؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: بالقيمة، وعند محمد: بالدين.

والثاني: إذا ترك بالقيمة كيف يترك بالقيمة؟ بين أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: خلاف.

والثالث: إذا لم تنتقص قيمته عن عشرة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى^(٧): يخبر أيضاً، وعند محمد رحمه الله تعالى: لا بل يجبر على الفكّك بجميع الدّين.

أما الكلام في المسألة الأولى: محمد رحمه الله تعالى يقول: إن القبض، قبض واحد وقد أوجب هذا القبض ضمان الدّين حال الهلاك فكذا أوجب أن يوجب ضمان الدّين حالة الانكسار اعتباراً لحالة الخلاف بحالة^(٨) الوفاق. هما رحمهما الله تعالى [يقولان: ^(٩) لا وجه إلى أن يترك عليه بالدين؛ لأنّه إنّما يترك على اعتبار أن القلب صار هالكاً حكماً بالانكسار فيصير المرتهن مستوفياً دينه، ولا وجه لهذا لأننا لو جعلناه مستوفياً في الابتداء احتجنا إلى نقض هذا الاستيفاء في الانتهاء لما قلنا قبل هذا.

وأما الكلام في المسألة الثانية: [أبو يوسف]^(١٠) يقول: إن بعض هذا القلب مضمون عند المرتهن وبعضه أمانة فكان له أن يضمّن المضمون كما لو كان الرّهن ثوباً ولهذا لو هلك يهلك بعضه مضموناً بالدين والبعض أمانة. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى [يقول]^(١١) إن الوزن أصل والصّناعة^(١٢) تبع؛ لأنّ الوزن يبقى بدون الصّناعة^(١٣) والصّناعة لا تبقى بدون الوزن وجميع الوزن صار مضموناً فصارت الصّناعة مضمونة تبعاً أيضاً؛ لأنّ حكم التبع^(١٤) لا يخالف الأصل

- | | |
|--|---|
| (١) هي «ج» و«د»: من خلاف جنسه | (٨) في «ج» و«د»: بخلاف. |
| أسداسه : ساقطة . | (٩) في «أ» و«ج»: ساقطة وهي في «د». |
| (٢) في «ج»: ساقطة . | (١٠) في «أ»: ساقطة . |
| (٣) في «ج» و«د»: بالدين . | (١١) في «أ»: ساقطة . |
| (٤) في «ج» و«د»: من . | (١٢) في «د»: والصّباغة . |
| (٥) في «أ»: ساقطة . | (١٣) في «د»: والصّباغة، وفي «أ» و«ج»: |
| (٦) في «ج»: ساقطة . | الصّبة، وأثبتنا الأول . |
| (٧) في «ج»: بالقيمة وعند محمد بالدين | (١٤) في «ج» و«د»: النّسخ : وفي «أ»: النّسخ، |
| عد أبي حنيفة وأبي يوسف : ساقطة . | وأثبتنا الأول . |

فإذا انكسر واختار الترك ليضمنه جمع قيمته كما لو كان^(١١) قيمته القلب عشرة.

وأما الكلام في المسألة الثالثة: محمد يقول: الانكسار متى لم يوجب نقصاناً من العشرة لم يتغير^(١٢) شيء من المضمون فيجبر الزاهن على الفكك كما قبل الانكسار وإنما قلنا ذلك، لأن في الوزن وفاء بالدين وفي القيمة وفاء فكان صرف الدين إلى الوزن أولى؛ لأن الوزن أصل الصناعة^(١٣) تبع فكانت الصناعة^(١٤) أمانة فكانت القات قدر الأمانة، والتغير في الأمانة لا يشت للمالك خياراً. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن الوزن^(١٥) أصل والصناعة^(١٦) تبع والأصل صار مضموناً فتصير الصناعة^(١٧) مضمونة تبعاً، فظهر التغير في المضمون والتغير في المضمون يثبت للمالك خياراً. هذا كله إذا كان وزن الزهن عشرة [دراهم]^(١٨) والدين أيضاً عشرة. أما إذا كان الدين عشرة والزهن أكثر من الدين بأن كان وزن الزهن اثني عشر فإن كان قيمة الزهن أكثر من^(١٩) وزنه بأن كان قيمته خمسة عشر إن هلك يهلك بما فيه عندهم؛ لأن في الوزن والقيمة، وفاء بالدين وزيادة، فيهلك ثلثاه بالدين ويهلك ثلثه [أمانة]^(٢٠) وإن انكسر؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يجبر الزاهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يترك على المرتهن؛ لأن البعض الشائع مضمون من القلب، والبعض الشائع أمانة، فإذا فات شيء من فات من المضمون والأمانة جميعاً عندهما فيتخير^(٢١) سواء انتقص بالكسر ثلاثة دراهم أو دونها فإن اختار الترك على المرتهن يترك خمسة أسداس القلب [رهناً]^(٢٢) بقيمته من الذهب اثني عشر ونصف، ويصير هذا^(٢٣) القدر للمرتهن ويبقى السدس للزاهن فيكون مع خمسة أسداس القلب رهناً؛ لأن المضمون من القلب عنده عشرة والصناعة^(٢٤) تبع للوزن فإذا صارت العشرة مضمونة من القلب تصير مضمونة بصناعته^(٢٥)، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يترك عليه ثلثي القلب يضمنه من الذهب وذلك عشرة ويبقى الثلث للزاهن؛ لأن الصناعة^(٢٦) عنده بمنزلة القلب فكان وزن القلب^(٢٧) خمسة عشر، ولو كان كذلك يترك عليه ثلثي القلب بقيمته من الذهب ويبقى الثلث للزاهن كذا هنا. وعند محمد رحمه الله تعالى: إن انتقص بالكسر ثلاثة دراهم وما دونها يجبر الزاهن على الفكك؛ لأن ثلاثة دراهم وما دونها يجبر الزاهن على الفكك؛ لأن ثلاثة دراهم^(٢٨) قيمة الصناعة؛ لأن لقيمة [به]^(٢٩) زادت على الوزن فيكون ما زاد على الوزن من قيمة الصناعة أمانة عنده فكانت القات قدر الأمانة فلا يجبر الزاهن. وإن انتقص

(١١) في «ج»: و«د» في «ج»: و«د» في «ج».

(١٢) في «د»: و«د» في «د»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: ساقطة.

(١٤) في «ج»: و«د»: والصناعة.

(١٥) في «ج»: بصياعته.

(١٦) في «ج»: للصياغة.

(١٧) في «ج»: وزن القلب: ساقطة.

(١٨) في «ج»: و«د»: وما دونها.

(١٩) دراهم: ساقطة.

(٢٠) في «د»: و«د»: ساقطة.

(١) في «ج»: قال

(٢) في «ج»: و«د»: يتغير، وفي «أ»: يتعين، وأثبتنا الأول.

(٣) في «ج»: الصناعة.

(٤) في «ج»: الصياغة.

(٥) في «ج»: إن الوزن: ساقطة.

(٦) في «ج»: والصياغة.

(٧) في «ج»: الصياغة.

(٨) في «د»: ساقطة.

(٩) في «د»: الذين... أكثر من: ساقطة وهي في «د»: و«ج».

(١٠) في «د»: ساقطة.

أكثر من ثلاثة^(١) يتخير الزاهن؛ لأن التغير حصل في المضمون فإذا اختار الترك^(٢) ترك خمسة أسداس القلب بالذين واسترد السدس منه. هذا إذا كان قيمة الزهن [أكثر]^(٣) من وزنه بأن كان وزن^(٤) الزهن اثني عشر وقيمته خمسة عشر أما إذا كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر والذين عشرة إن هلك، هلك بما فيه عندهم، لأن بالوزن وبالقيمة وفاء بالذين وزيادة فيهلك بما فيه وإن انكسر. عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يخير الزاهن إن شاء افترقه بجميع الذين وإن شاء ترك ذلك على المرتهن، فإن اختار الترك على المرتهن فبماذا يترك؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يترك خمسة أسداس القلب مصوغاً بقيمته إن شاء من الذهب وإن شاء من الفضة؛ لأن الفضة مثل الوزن فإذا ضمنه صار خمسة أسداس القلب للمرتهن وبقي سدس القلب للزاهن فيكون السدس مع قيمة خمسة أسداس القلب رهناً عند المرتهن، وعند محمد: يخير الزاهن أيضاً إن شاء افترقه بجميع الذين وإن شاء تركه بالذين. أما إذا كانت قيمته أقل من الوزن وأكثر من الذين بأن كان وزنه اثني عشر وقيمته أحد عشر والذين عشرة إن هلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يهلك بالذين؛ لأن العبرة عنده للوزن لا للقيمة وبالوزن وفاء بالذين وزيادة فيهلك بما فيه ويكون المرتهن أميناً في الزيادة، وعند أبي يوسف^(٥) ومحمد رحمهما الله تعالى: يخير المرتهن؛ لأن العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعاً، وهذا إذا كان بالوزن وفاء وزيادة ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الزهن^(٦) فإن المضمون من الزهن عشرة؛ لأنه لا يجوز أن يكون أكثر من عشرة مضموناً بالعشرة والعشرة من الزهن لا تفي بالذين فيخير المرتهن حالة الهلاك، فإن رضي أن يجعل الزهن هالكا [بدينه]^(٧) فعل وإن شاء ضمن للزاهن عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من القلب فيكون رهناً عنده ويكون ديناً على حاله، وإن انكسر يجبر^(٨) الزاهن عندهم جميعاً بين أن يفتكه بجميع الذين وبين أن يتركه. فإن اختار الترك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يترك خمسة أسداس القلب بقيمته^(٩) من الذهب، بالغاً ما بلغ فيكون رهناً عنده من^(١٠) السدس المكسور؛ لأنه لا عبرة للقيمة عنده إنما العبرة للوزن وقدر المضمون من الوزن عنده عشرة من اثني عشر، وعندهما رحمهما الله تعالى: يترك عليه عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً بقيمته من الذهب وتكون تلك القيمة مع الجزء الحادي [عشر]^(١١) من المكسور رهناً؛ لأن عندهما للقيمة عبرة كما أن^(١٢) للوزن عبرة، وقيمه أحد عشر فكان المضمون عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً^(١٣). أما إذا كان قيمة الزهن أقل من وزنه لكن مثل الذين بأن كان^(١٤) قيمته عشرة ووزنه اثني عشر والذين عشرة إن هلك عند أبي حنيفة

(١) في «د»: ثلث. (٢) في «أ»: ساقطة. (٣) في «أ»: ساقطة.
 (٤) في «ج»: و«د»: ساقطة. (٥) في «أ»: و«ج»: أبي حنيفة، وفي «د»: أبي يوسف وأئنا الأخير.
 (٦) في «ج»: و«د»: الذهب. (٧) في «أ»: ساقطة.
 (٨) في «أ»: و«ج»: ويخير، وفي «د»: يجبر. والمشت الأخير.
 (٩) في «ج»: و«د»: بقيمته، وفي «أ»: بضته، والمشت الأول. (١٠) في «ج»: و«د»: مع.
 (١١) في «أ»: و«ج»: ساقطة، وفي «د»: فائتعا. (١٢) في «ج»: ساقطة.
 (١٣) في «ج»: ساقطة. (١٤) في «ج»: ساقطة.

رحمه الله تعالى . يهلك بما فيه ؛ لأنَّ عنده العبرة بلوزن لا للقيمة ، وفي الورن وفاء بالذين وزيادة ، وعندهما رحمهما الله تعالى : يتخير المرتهن إن شاء رضي بأن يجعله هالكاً بما فيه وإن شاء ضمن قيمته عشرة من الذهب فيكون رهناً عنده ودينه على حاله ؛ لأنَّ عندهما رحمهما الله تعالى : للقيمة مع الورن عبرة ولا وفاء بالقيمة فيقدر المضمون من الذهب وهو عشرة ، وإن انكسر يخير الزاهن عندهم جميعاً إن شاء افتكه بجميع الدين وإن شاء تركه وإن اختار الترك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يترك خمسة أسداس القلب فيضمنه^(١) من الذهب ويكون رهناً عنه مع سدس المكسور ، وعندهما رحمهما الله تعالى : يترك جميع القلب عليه فيضمنه^(٢) من الذهب اعتباراً للقيمة فإن^(٣) كان قيمته أقل من الدين : بأن كان وزنه اثني عشر وقيمه ثمانية والذين عشرة إن هلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يهلك بالدين ولا خيار للمرتهن اعتباراً للوزن ، وعندهما : يخير المرتهن اعتباراً للوزن والقيمة جميعاً وإن انكسر يخير الزاهن عندهم جميعاً بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يترك فإن اختار الترك ؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى : يترك خمسة أسداس القلب بقيمته من الذهب [ويكون مع سدس المكسور رهناً عنه وعندهما : يترك جميع القلب مضموناً بقيمته من الذهب]^(٤) . هذا كله إذا كان وزن القلب مثل الدين أو أكثر . وأما إذا كان وزن القلب أقل من الدين بأن كان الدين عشرة ووزن القلب ثمانية فإن كان قيمة القلب أقل من وزنه [ثمانية وقيمه]^(٥) سبعة إن هلك عند أبي حنيفة يهلك بثمانية ولا يتخير المرتهن اعتباراً للوزن ويرجع المرتهن على الزاهن بدرهمين ، وعندهما : يخير المرتهن إن شاء رضي أن يكون الزهن هالكاً ، بما فيه ثمانية وإن شاء ضمن قيمته من الذهب وسبعة ويرجع عليه بدينه اعتباراً للوزن والقيمة جميعاً ، وإن انكسر يخير الزاهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يتركه فإن اختار الترك يتركه بثمان قيمته سبعة عندهم جميعاً . وأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : فلا أن الترك حالة الانكسار عندهما بالقيمة لا بالدين في المسائل كلها . وأما عند محمد رحمه الله تعالى : فلا أن الترك حالة الانكسار بالدين إذا أمكن وهنا لا يمكن ؛ لأنه إما أن يترك بثمانية أو بسبعة^(٦) لا وجه إلى الأول ؛ لأنَّ المرتهن يتضرر ، فإن قيمته سبعة ، ولا وجه إلى الثاني ؛ لأنه ربا ، [فإذا تعذر الترك بالدين يترك بسبعة من الذهب ويكون رهناً عنه رحمه الله تعالى ، فإن كان قيمته مثل وزنه بأن كان وزنه ثمانية وقيمه ثمانية إن هلك هلك بما فيه من الدين عندهم جميعاً ويرجع المرتهن على الزاهن بدرهمين ؛ لأنَّ بالزهن وفاء بقدر ثمانية وزناً وقيمة ، وإن انكسر يخير الزاهن عندهم جميعاً بين أن يفتكه بالدين وبين أن يتركه على المرتهن ؛ لأنه يتغير المضمون ، فإن اختار الترك ؟ عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى : يترك بالقيمة إن شاء من الفضة وإن شاء من الذهب ؛ لأنَّ قيمته مثل وزنه ، وعند محمد رحمه الله تعالى : يترك بالدين ثمانية ، وإن كان قيمة الزهن أكثر من وزنه

(١) في «ج» و«د» : بقيته . (٥) في «أ» : سائطة .

(٢) في «ج» و«د» : بقيته . (٦) في «ج» و«د» : بثمانية ، وفي «أ» : سبعة ، والأول أصح ؛ لأنه عقب

(٣) في «ج» و«د» : فإذا . بقوله : لأنه ربا مدل على الزيادة .

(٤) في «أ» : سائطة .

وأقل من الذبب بأن كان وزن الزهن ثمانية وقيمته تسعة والذين عشرة إن هلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يهلك بشمانية؛ لأن العبرة عنده للوزن، وعندهما: الزهن بالخيار إن شاء جعله بالذين ثمانية وقصى درهمين آخرين، وإن شاء قصى دينه وضمنه قيمته من الذهب تسعة، وإن^(١) انكسر يخير الزاهن عندهم جميعاً فإن اختار الترك ترك عليه بقيمته تسعة من الذهب عندهما جميعاً، فإن كان قيمته مثل الذين بأن كان وزنه ثمانية وقيمته عشرة والذين عشرة إن هلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يهلك بشمانية، وعندهما رحمهما الله تعالى: يضمنه بالقيمة، وإن انكسر واختار الترك يتركه عليه بالقيمة عندهم جميعاً، وإن كان قيمته أكثر من الذين بأن كان وزنه ثمانية وقيمته اثني عشر والذين عشرة إن هلك؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يهلك بشمانية اعتباراً للوزن، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الزاهن بالخيار إن شاء جعله هالكاً بما فيه ثمانية وإن شاء ضمن قيمة خمسة أسداس القلب من الذهب فيكون رهناً عنده، وإن انكسر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى: يخير الزاهن بين أن يفتكه بالذين وبين أن يتركه، فإن^(٢) اختار الترك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يترك جميع القلب بقيمته اثني عشر من الذهب؛ لأن جميع الوزن مضمون عليه فتكون الصنعة مضمونة عليه تبعاً للوزن عنده، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يترك خمسة أسداس القلب بقيمته عشرة من الذهب؛ لأن الصنعة عنده بمنزلة الوزن، ولو كان الوزن اثني عشر واختار الترك ضمنه خمسة أسداس الجميع^(٣)؛ لأن البعض مضمون والبعض أمانة، وعند محمد رحمه الله تعالى: إن أوجب الكسر نقصان درهمين أو دون ذلك أجبر الزاهن على الفكاك؛ لأن قدر الدرهمين من قيمة الصنعة هذه^(٤) أمانة؛ لأنه يزيد على الوزن والذين جميعاً، وإن أوجب أكثر من درهمين تخير الزاهن إن شاء افتكه بالذين وإن شاء تركه، فإذا اختار الترك يترك جميع القلب بقيمته مصوغاً من الذهب غير درهمين؛ لأن قيمة الصنعة أربعة لكن وزن الزهن لا يفي بالذين، والوزن متى كان لا يفي بالذين ينضم من قيمة الصنعة ما يتم به الذين عنده وذلك درهمان، فصار قدر الدرهمين من الصنعة مصمونات مع الوزن وما فات من درهمين حمل كأن لم يكن فيترك جميع القلب عليه بقيمته غير درهمين. إذا شئت هذه الأقسام بوجوهها تخرج مسائل القلب عليها.

ولو رهن قلب فضة قيمته عشرة بدينار قيمته عشرة فهلك بالذين بالإجماع، لأن في القيمة وفاء، وإن انكسر يجبر الزاهن بالإجماع، فإذا اختار الترك عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: يتركه عليه بالقيمة من خلاف جنسه فتكون القيمة عند المرتهن رهناً، وعند محمد رحمه الله تعالى: يتركه بالذين.

ولو رهنه مكيلاً بموزون فابتل ضمن مثله في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: إن كان يساوي دينه أجبره على فكأكه؛ لأن النفي لم

(٣) في «د» حصة أسداسه لا الجميع.

(٤) في «د» عده.

(١) في «د» فإذا.

(٢) في «د» فإذا.

يظهر في المصمون، وإن كان رهه ما لا يكال ولا يوزن فانتقص بعيب ذهب حصة العيب من الدين؛ لأنه لو ذهب حصة العيب من الدين لا يؤدي إلى الزبا.

وأما فيما يقع رهناً بكل الذين ويسقط كل الدين بهلاكه وفيما يقع رهناً ببعض الذين ويسقط بعض الدين بهلاكه:

رجل له على رجل ألف درهم فجاء أجنبي فرهن بها رهناً بغير أمر المطلوب ثم جاء آخر ورهن بها عبداً بغير أمر المطلوب فهو^(١) جائز والأول [رهناً]^(٢) بألف والثاني^(٣) رهناً بخمسائة؛ لأنه حين رهن الثاني فالأول رهن فانقسم الدين عليهما.

رجل له على رجل مائة درهم فأعاره ثوباً، وقال: هذا رهن ببعض حقك فهلك في يده يهلك بما شاء المرتهن؛ لأنه فوض إليه.

رجل تزوج امرأة على ألف درهم فأعطاه حجاباً مروباً^(٤) رهناً لما^(٥) يساوي ألف درهم ثم طلقها قبل الدخول بها ثم هلك الزهن فإنه يهلك^(٦) بما بقي؛ لأنه لما طلقها بقي نصف المهر فصار الجراب رهناً به فحين هلك، هلك وهو رهن به.

رجل رهن ثوباً يساوي عشرين بعشرة دراهم وأذن المرتهن في لبسه قلبه ونقصه ستة ثم لبسه بغير أمر المرتهن فنقصه أربعة ثم صاع الزهن وقيمته عشرة فالزاهن يرجع على المرتهن بدرهم واحد؛ لأن كل درهمين بدرهم^(٧) فلما نقص درهماً^(٨) وجب له على الزاهن ثلاثة ووجب للزاهن على المرتهن بالقصان أربعة فثلاثة بثلاثة قصاص بقي درهم، فيرجع عليه بذلك وقد استوفى المرتهن خمسة بهلاك الثوب وقيمته عشرة.

رجل رهن شاة فأذن الزاهن للمرتهن بأن يشرب لبنها فشرب، ثم هلك الشاة، فإن المرتهن يرجع على الزاهن بحساب ما شرب من اللبن؛ لأن ما يفرغ من الزهن رهن فإذا شربه فقد استهلكه لكن يأذن مالكه فصار كالأجنبي استهلك الزهن بأمر الزاهن فإن المرتهن يرجع على الزاهن بدينه كذلك ما هنا.

وأما فيما للزاهن أن يقبض بعض الزهن بقضاء بعض الدين وفيما ليس له ذلك.

ولو كان الزهن عدل زطي فقضاه الدين إلا درهماً لم يكن له أن يقبض شيئاً من الزهن ما لم يقضه الدين كله مثل البيع.

ولو سعى لكل ثوب أو لكل شاة عشرة دراهم فقضاه الدراهم لم يكن له أن يقبض شيئاً من الزهن ما لم يقض الدين كله، وذكر في «الزيادات» خلاف هذا أن له أن يقبض ثوباً أو شاة إذا قضاه عشرة دراهم. وحاصل الاختلاف راجع إلى أن بيان الحصة هل تصير الصفقة الواحدة في حكم صفقتين متفرقتين؟ على رواية كتاب الزهن: لا، وعلى رواية

(١) في «د»: فهذا.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: والباقي.

(٤) في «د»: فأعطاه.

(٥) في «د»: مروباً.

(٦) في «د»: ساقطة.

(٧) في «د»: فإنه يهلك: ساقطة.

(٨) في «د»: بدرهمين.

الزيادات نصير. وجه رواية كتاب الزهن، وهو أن العقد الواحد لا يصير عقوداً متفرقة بيان الحصّة في باب البيع حتى لو باع مائة شاة بألف درهم كلّ شاة بعشرة فنقد المشتري عشرة وأراد أن يأخذ شاة منها لم يكن له ذلك، فكذا في باب الزهن.

وجه رواية الزيادات وهو الفرق بين الزهن والبيع: أن العقد واحد حقيقة عقود [متفرقة]^(١) معنى؛ لأن حصّة كل واحد منهما من الدين معلوم قطعاً وبقيناً بتسميته على حدة، وهذا حكم عقود متفرقة والعمل بالحقيقة والمعنى متعذر، فكان اعتبار المعنى في الزهن أولى؛ لأنّه ليس في اعتبار المعنى إلحاق الضرر بالزاهن؛ لأنّ المرتهن إن قبل الزهن في الجيد دون الرديء يجوز^(٢) ولا يتصور الزاهن؛ لأنّ الجيد لا يزول عن ملكه حتى يبقى له الرديء لا غير، وكذا لو عقد العقد في الكل لا نصير حصّة الرديء من الزهن ما سنى^(٣) إذا كان قيمته أقل من عشرة فكان اعتبار المعنى أولى، وفي باب البيع اعتبار الحقيقة أولى؛ لأنّ في اعتبار المعنى إضرار بالسائع؛ لأنّه يقبل الجيد وفي ذلك ضرر عليه، فكان اعتبار الحقيقة [في باب البيع]^(٤) أولى.

وأما فيما يبطل الزهن وفيما لا يبطل:

ولو أعار الزاهن من المرتهن أو المرتهن من الزاهن لا يبطل الزهن؛ لأنّ حق المرتهن حق لازم فلا يبطل إلاّ بإبطاله وإذا أعار الزهن من الزهن خرج من^(٥) ضمانه، لأنّ يد الزاهن على الزهن يد نفسه، وكذلك إذا^(٦) استعاره المرتهن؛ لأنّ قبض العارية لا يكون على القابض، ولو أجر الزاهن من المرتهن بطل الزهن؛ لأنّ الإجارة عقد لازم لا ينفذ على^(٧) المرتهن إلا بعد انتقاض الزهن.

وكذلك الزاهن إذا أجره من إنسان آخر وأجازه المرتهن أو أجره المرتهن فأجازه الزاهن يبطل الزهن.

ولو باعه أحدهما وأجاز^(٨) الآخر فقد خرج عن^(٩) الزهن، وكان الثمن رهناً مكانه؛ لأنّ حق المرتهن كان ثابتاً في الرقبة، وقد فانت الرقبة إلى خلف فيقوم مقام الأصل: بحلاف الأجرة؛ لأنّها بدل المنفعة ولا حق للمرتهن فيها. وعند^(١٠) أبي يوسف رحمه الله تعالى: إذا شرط عند الإجارة^(١١) أن الثمن رهن فكذلك، وإذا لم يشترط فلا؛ لأنّه سقط عن المرهون^(١٢) بإذنه والتمن ليس بمرهون، ولو ترك^(١٣) الثمن كان من ضمان^(١٤) المرتهن؛ لأنّ الثمن

(٨) في نسخة: وأجاز. وأجره.

(٩) في نسخة: ساقطة.

(١٠) في نسخة: وأجاز. وعد.

(١١) في نسخة: الإجارة.

(١٢) في نسخة: المرهون.

(١٣) في نسخة: وأجاز. نوى.

(١٤) في نسخة: وأجاز. في.

(١) في نسخة: ستة.

(٢) في نسخة: وأجاز. ساقطة.

(٣) في نسخة: بالمستقى. وفي نسخة: ما يمس.

(٤) في نسخة: ساقطة.

(٥) في نسخة: عن.

(٦) في نسخة: وأجاز. لو.

(٧) في نسخة: عن.

رهن^(١) بمتزلة المضمن فإذا^(٢) قبض الثمن واندين حال فإن كان من حسنه استوفاه، وإن كان الذين مؤجلاً أمكمه وإن لم يكن الثمن من جنس الذين فإن كان مسلطاً على البيع باعه وإن لم يكن مسلطاً على البيع حبس القاضي الزاهر ولا يبيعه بدون رضى المالك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يبيعه؛ لأن الحجر على الحر جائر عندهما رحمه الله تعالى، وعند أبي حنيفة: لا يجوز، فهذا بناء عليه.

ولو أودع غير^(٣) الزاهن بأمر الزاهن لا يبطل الزهن؛ لأنه بمتزلة العدل، ولو أعار^(٤) غيره بأمر الزاهن^(٥) يبطل بالزهن وخرج عن ضمانه، وللمرتهن أن يعيده على الزاهن.

رجلان لهما على رجل دين لكل واحد منهما ألف درهم فأخذا منه أرضاً^(٦) رهناً يدينهما بينهما^(٧) فقال أحد المرتهنين: إن الذين الذي لنا عليه باطل والأرض في أيدينا تلجئة يبطل الزهن. عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يبطل، ويرأى من الذين بحصته والزهن على حاله، وهذا بناء على مسألة رهن المشاع.

رجل في يده دار فادعى آخر فقال ذو اليد: وهني^(٨) فلان هذه الدار وأقام الشئنة على ذلك وأنكر صاحبه بكون الدار أرنهناً^(٩) كلها للذي هي^(١٠) في يديه بحصة ديه ولا يبطل الزهن بجحود صاحبه^(١١)، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. هكذا ذكر في «العيون»، وذكر في كتاب الزهن، وقال: رهن في يدي رجلين^(١٢) أقام أحدهما شئنة على الزاهن أنه رهنا وقال المرتهين الآخر: لم يرهن منه بطل الزهن كله^(١٣) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، ولا يقضي بنصفه، وقال محمد رحمه الله تعالى: يجوز الزهن ويوضع^(١٤) في يدي المرتهين المدعي^(١٥) وفي يدي عدل فإن هلك الزهن لم يبطل نصيب الجاحد محمد رحمه الله تعالى يقول: المدعي ادعى الرهن منهما على الزاهن ولا يمكنه إثبات ما ادعى على الزاهن إلا بعد الإثبات على صاحبه؛ لأنه متى رهن من اثنين وقبل أحدهما دون الآخر لا يصح في حق القابل فكان الزهن من صاحبه^(١٦) سبباً لثبوت الزهن في حقه وللإنسان أن يثبت على من أنكر سبب حقه ليثبت حقه فيثبت^(١٧) في حق المدعي رهنه منهما فجاز وينتهي أن للحفظ إلا [أن]^(١٨) في نوبة الجاحد يوضع على يد العدل؛ لأن الزهن في حق الجاحد غير ثابت إنما يثبت في حق المدعي، وأبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن ما يدعي على صاحبه الجاحد ليس بسبب لثبوت حقه، بل كان شرطاً لصحة ما ادعى؛ لأن قول صاحبه وقد رهن مهما ليس

- (١) في «ج»: وهو. (٢) في «ج»: وإذا. (٣) في «ج»: عن.
 (٤) في «ج»: وأعار. (٥) في «د»: الزهن. (٦) في «ج»: ساقطة.
 (٧) في «ج»: ود: ساقطة. (٨) في «أ»: ود: وهي، وفي «د»: رهني، والمشت الأول.
 (٩) في «أ»: ساقطة. (١٠) في «ج»: ود: ساقطة.
 (١١) في «ج»: صاحبه: ساقطة، وأشار إليه بالضمير في جوده. (١٢) في «ج»: رجل
 (١٣) في «ج»: ود: كما. (١٤) في «ج»: ويرجع. (١٥) في «ج»: ود: ساقطة
 (١٦) في «د»: لأنه متى ... من صاحبه: ساقطة، وهي «أ»: ود:
 (١٧) في «ج»: ساقطة. (١٨) في «أ»: ساقطة.

بسبب لوجود قبوله لكن شرط الصحة قبوله فلا يمكنه الإثبات على صاحبه ومتى لم يكن^(١) تعذر القضاء بالرهن منهما.

ولو ادعى مكان الرهن هبة وباقي المسألة بحالها يقضى له بنصف الدار على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعلى قول أبي حنيفة: لا يجوز؛ لأن عنده لا يجوز الهبة من اتبس ولو كان مكان الهبة إجارة جاز في النصف الآخر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولو استحق بعض الرهن مشاعاً بطل الرهن فيما بقي؛ لأن الرهن في المستحق كان موقوفاً على إجازة المستحق فإذا رد بطل وتبين أن الرهن في الباقي وقع مشاعاً.

ولو رهن ذمي خمرأ عند ذمي ثم أسلما خرجت من الرهن؛ لأنهما صارا بحال لا يملكان العقد عليه قبل حصول المقصود^(٢) بالعقد فيفسد العقد كما لو أسلم المتبايعان للخمر قبل القبض فإن خللها عادت رهناً؛ لأن الرهن وقع جائزاً في الابتداء وإنما فسد لمعنى في المعقود عليه معنى يتوهم زواله، فإذا زال يحكم بالجواز كما لو رهن مسلم من مسلم^(٣) عصيراً فصار حمراً ثم صار خلاً، وكذلك لو أسلم أحدهما؛ لأن المعنى يجمع الكل. والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني

فيما يجبر العدل على بيع المرهون وتوابعه وزوائده

وفيما لا يجبر إلى آخر الفصل

إذا شرط في الرهن أن يضعه على يد عدل جاز وقبضه كقبض المرتهن؛ لأنه جعل العدل نائباً في القبض له كالبائع إذا وضع المبيع على يدي العدل ليقبض الثمن أقام يد العدل مقام يد البائع في حق الحبس فكذا هنا، ولو شرط في الابتداء أن يكون العدل مسلطاً على بيعه جاز وللعدل أن يبيعه ويوفي الثمن للمرتهن وليس للزاهن أن تفسخ الوكالة، لأنها إذا شرطت في العقد لتأكيد ما هو المقصود من الرهن صار من حقوق الرهن، وكذلك المرتهن لا يملك منعه؛ لأنه وكيل الزاهن فيه، ولو مات الزاهن أو المرتهن فالعدل على ما كان عليه من البيع والإمساك؛ لأن العقد عقد لازم بحقوقه فلا يبطل بالموت^(٤) ولو^(٥) مات العدل بطلت الوكالة ولم يرقم وصيه أو وارثه مقامه؛ لأن الزاهن لم يرض ببيع غيره وكذلك لو جعله على يدي عدل وسلطاً رجلاً آخر على بيعه وتسليم الثمن إلى المرتهن لا يملك منعه، وكذلك لو سلط المرتهن، ولم يشترط البيع في عقد الرهن ثم سلط المرتهن أو العدل على البيع صح التوكيل، وللزاهن أن يفسخ الوكالة؛ لأن الوكالة إذا وجدت^(٦) بعد

(١) في «ج»: يمكن. (٤) في «ج»: «و»؛ لأن العقد ... بالموت: ساقطة.

(٢) في «ج»: المعقود. (٥) في «ج»: «و»؛ وإذا.

(٣) في «ج»: من مسلم: ساقطة. (٦) في «ج»: «و»؛ وجبت.

العقد كانت منقطعة عنه ولا تكون من حقوقه، وكذا إذا مات بطلت الوكالة، وعقد أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنها كالمشروط في العقد؛ لأنها التحقت بالعقد وليس للمرتهن والعدل أن يتصرف بشيء في الرهن غير الإمساك لا يبيع ولا يؤجر ولا يستخدم وله أن يسلم إلى زوجته وخادمه ومن في عياله وأجرائه الذين يتصرفون له [لأن يده]^(١) على العين يد وديعة فيصنع به ما يصنع بالوديعة.

ولو باع العدل وسلم الثمن إلى المرتهن ثم استحق العبد أو رد بعيب نقضه للمشتري أن يرجع على العدل؛ لأن حق العدل^(٢) يتعلق بالعقد ثم هو بالخيار إن شاء رجع على المرتهن ويعود الدين على حاله؛ لأنه قبض الثمن والثمن قد استحق على العدل ويرجع عليه، وإن شاء [رجع]^(٣) على الزاهن؛ لأنه أوقعه في هذه الغرامة فإذا رجع على الزاهن سلم المقبوض للمرتهن؛ لأن الزاهن ملك المقبوض بأداء الضمان من حين قبضه المرتهن، ولو لم يسلم الثمن إلى المرتهن لا يرجع عليه؛ لأن الرجوع عليه بحكم القبض ولم يوجد، ولو كان التسليم على البيع بعد الرهن من غير شرط في العقد فهو وكيل الزاهن، وما لحقه من المهلة يرجع به على الزاهن خاصة إن قبض المرتهن الثمن؛ لأن التوكيل إذا كان بعد الرهن لا يكون من حقوق الرهن فلا يتعلق حق المرتهن^(٤) بالثمن^(٥) قصداً فيكون العدل نائباً عن البائع في صرف الثمن إليه^(٦) كما إذا أمر إنساناً أن يبيع ماله ويقضي ديه ففعل^(٧) ثم استحق ذلك المال فإنه يرجع على الأمر دون صاحب الدين، ولو أقر العدل أنه سلم الثمن إلى المرتهن وأنكر المرتهن، فالقول: قول العدل وبطل دين المرتهن؛ لأن العدل أمين وما حدث من الرهن من ثمرة أو ولد فهو رهن أيضاً وللعدل أن يبيعه؛ لأنه جزء من المحل فيتعدى الحكم إليه، وكذلك لو جنى عليه عبد فدفع به؛ لأنه قام مقامه لحماً ودماً.

ولو كان الزاهن هو العدل بأن شرط أن يبيعه الزاهن متى شاء فإن لم يقبض المرتهن فليس برهن؛ لأنه يتم بالقبض، وإذا^(٨) قبضه المرتهن جاز يبيعه؛ [لأن المرتهن قضى به].

ولو رهن رهناً أو سلط عدلاً على البيع عند المحل فلم يقبض حتى حل المحل فالرهن باطل لعدم القبض، ويبع العدل صحيح؛ لأنه وكله به، وكذلك لو رهن متاعاً^(٩) وسلط العدل على يبيعه^(١٠) يبطل الرهن والوكالة بالبيع صحيح.

ولو طالب المرتهن بحقه فقال الزاهن لعدل به وأوف حقه، وقال المرتهن: لا أريد، وإنما أريد حقي فله ذلك؛ لأن له أن يستديم حقه في الرهن حتى يصل إليه حقه، ولو طالب المرتهن ببيع الرهن أجبر على البيع؛ لأنه التزم حين قبل الوكالة وللعدل أن يبيع بالنقد

- | | |
|-------------------------|-----------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٦) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج» و«د»: العقد. | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج» و«د»: وإن. |
| (٤) في «ج»: الرهن. | (٩) في «د»: مشاعاً. |
| (٥) في «د»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |

والنسيئة؛ لأنه وكيل بمطلق البيع فإن أطلق عند العقد ثم بهاء بعد ذلك عن النسيئة لا يعمل نهيه؛ لأنه لا يملك عزله فلا يملك [تنفيذ]^(١) الوكالة أيضاً.

ولو سلطه على البيع مطلقاً ولم [يقبل]^(٢) عند المحل، فله أن يبيع قبله لعموم الأمر، ولو جعل [عدلاً]^(٣) في الإمساك وعدلاً آخر^(٤) في البيع جاز ولا يملك عزله إذا كان مشروطاً في العقد.

رجل رهن تساوي ألفاً بألف وسلط العدل على بيعها عند محل الأجل وشرط المرتهن على الزاهن ورضي به العدل وأحضر المرتهن الجارية عند محل الأجل فطلب من العدل بيعها، فقال الزاهن: ليست هذه الجارية التي رهننت وصدق العدل الزاهن، أو قال لا أدري أهى جاريته أم لا؟، فالقول: قول المرتهن أنها تلك الجارية إذا كانت تساوي ألفاً؛ لأن المرتهن أنكر قبض ما عدا هذه الجارية وإذا أنكر القول أصلاً كان القول قوله ضمناً كان^(٥) أو أميناً، فكذا إذا أنكر قبض ما عدا هذه الجارية^(٦) وصار هذا كالغاصب والمودع، ولكن لا يجبر العدل على بيعها للمرتهن؛ لأنه ينكر التزام البيع في هذه الجارية، فكان القول: قوله مع يمينه يحلف العدل بالله تعالى [بأنه]^(٧) ما يعلم أنها الجارية التي أمرت ببيعها؛ لأنه تحليف على فعل الغير^(٨) فيحلف على العلم؛ فإن أي أن يحلف يحجر على بيعها؛ لأن التناول إقرار. فرق بين التوكيل بالبيع وبين العدل [فإن]^(٩) الوكيل بالبيع لا يجبر على بيع ما وكل به، والفرق: أن بيع الوكيل كان بحق الأمر، والأمر قادر على بيعها بنفسه فلا حاجة إلى إجماع الوكيل وما هنا بيع العدل بحق المرتهن حتى يستوفي دينه من الثمن والمرتهن غير قادر على بيعها بنفسه فيجبر على بيعها كما التزم فإن حلف العدل لم يجبر على البيع وأجبر الزاهن على أن^(١٠) يبيعها للمرتهن حتى يوفيه المال؛ لأنه قد ثبت في حق الزاهن أنها هي المرهونة وقد تعذر بيعها من جهة العدل بيمينه فيجبر الزاهن كما لو تعذر من جهته بحياته أو موته فإذا امتنع منه باعها القاضي أو أمينه للمرتهن وأوفاه حقه؛ لأن الزاهن امتنع بما هو مستحق عليه وهو مما تحري^(١١) فيه النيابة فينبوب القاضي منابه كالتمريق بين العنين وامرأته، ثم المهددة على الزهن؛ لأن القاضي وأمينه نائب عن الزاهن وهو نائب^(١٢) لا يجوز أن تلزمه المهددة وقد ذكرنا هذا غير مرة، ثم هذا على قولهما رحمهما الله تعالى لا يشكل؛ لأن عندهما رحمهما الله تعالى: للقاضي بيع مال المدبون، وإذا لم يكن مرهوناً، فالمرهون أولى، وإنما يشكل على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. والفرق: له بين هذه المسألة وبين سائر أموال الديون، وهو أن هناك المستحق عليه قضاء

(٧) في «أ»: «و»؛ ساقطة، وهي في «د».

(٨) في «ج»: «العين»، وفي «د»: «الخير».

(٩) في «أ»: «ساقطة».

(١٠) في «ج»: «ساقطة».

(١١) في «ج»: «ما يجري».

(١٢) في «ج»: «ثابت».

(١) في «أ»: «ساقطة».

(٢) في «ج»: «و»؛ «يقبل»، وفي «أ»: «يعمل»، والمنبث الأول.

(٣) في «أ»: «ساقطة».

(٤) في «ج»: «و»؛ «ساقطة».

(٥) في «ج»: «ساقطة».

(٦) في «د»: «وإذا أنكر... هذه الجارية»؛ ساقطة.

الذين ولم يتعلق حق صاحب الدين بمال بعينه فلا يكون للقاضي ولاية التعيين. أما ما هـ
الذين مستحق على الزامن وحق المرتهن متعلق بمالية الزهن بعينه وبيعه في دينه صار
مستحقاً عليه فلم يكن في بيع القاضي تعيين ما لم يستحق بعينه بل فيه إيفاء حق مستحق
عليه فلهذا فعله القاضي وإن جاء المرتهن بجارية قيمتها خمسمائة، فقال: هذه تلك الجارية
ولكن نقصت في السعر. وقال الزامن: ليست تلك الجارية، فالقول: قول الزامن؛ لأن
الظاهر شاهد له فإن التي أحضرها ليست على القيمة التي اتفقا عليه في المرهونة وقد بطل
حق المرتهن؛ لأن الظاهر أن المرهونة هالكة إذا تعذر إحضارها وبهلاك الزهن يتم الاستيفاء.
فإن صدق العدل المرتهن أنها تلك الجارية أجبر العدل على بيعها للمرتهن ولا يرجع
المرتهن على الزامن بزيادة الدين؛ لأن تصادقهما عامل في حفظهما لا في حق الزامن إلا أن
[يأتي] ^(١) المرتهن بيته على ما ادعى، وحينئذ يكون الثابت بالبيته كالثابت معانية، فإن قال
المرتهن: هذه الجارية التي رهينتي ^(٢) فكان قيمتها خمسمائة يوم رهنتني كما هي ^(٣) عليه
اليوم، وقال الزامن: ليست تلك الجارية فإن تلك الجارية كانت قيمتها ألف درهم،
فالقول: قول المرتهن؛ لأنه يكر استيفاء الزيادة على خمسمائة فإن صدقه العدل أنها تلك
الجارية أجبر على بيعها ويرجع على الزامن بقية حقه؛ لأنه ثبت أنها هي ^(٤) المرهونة.

ولو وضعت جارية على يدي عدل و وكل بيعها فولدت كان للعدل أن يبيع الولد وكذا
الشمر ^(٥) والوكيل يبيع الأمة وبيع الشجر لا يبيع الولد والشمر، والفرق: وهو أن حق ^(٦) يبيع
الأم ^(٧) للعدل حق ^(٨) ثابت في العين من كل وجه حقيقة وحكماً [أما] ^(٩) حقيقة: فإنه يبيع
العين. [وأما] حكماً: فإن المالك صار محجوراً عن التصرف في العين، فيتعدى إلى
الولد. أما حق الوكيل ثابت [حقيقة، غير ثابت] ^(١٠) حكماً، فكان ثابتاً من وجه دون وجه،
فلا يتعدى إلى الولد بالشك ولو رهن عند ^(١١) عبد تاجر على أن يوضع الزهن عند ^(١٢) سيده
لا يصح الزهن؛ لأنه عقد استيفاء والسيد لا يصلح نائباً عن العبد ^(١٣) في استيفاء الذين آمن
عنده؛ لأنه يعمل لنفسه ويظهر ماله عن الشغل وسواء كان عليه دين أو لم يكن.

ولو رهن المولى من رجل بشرط أن يوضع على يد عبده جاز؛ لأن العبد يكون عاملاً
للمرتهن في استيفاء الذين ^(١٤) من كل وجه ^(١٥) فتصح الوكالة فيه، وعن أبي يوسف
[أن] ^(١٦) السيد [لا] ^(١٧) يصلح عدلاً في الارتهان من المكاتب، وكذا المكاتب ^(١٨) في حق

- | | |
|--------------------------------------|----------------------------|
| (١) في «أ»: واجه: ساقطة، وهي في «د». | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: و«د»: رهته. | (١١) في «ج»: و«د»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: و«د»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: و«د»: على يد. |
| (٤) في «ج»: في. | (١٣) في «ج»: و«د»: العير. |
| (٥) في «ج»: و«د»: الشن. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: و«د»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: و«د»: الأمة. | (١٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٨) في «ج»: و«د»: ساقطة. | (١٧) في «أ»: ساقطة. |
| (٩) في «أ»: ساقطة. | (١٨) في «ج»: ف«المكاتب» |

السيد؛ لأنه بمنزلة الأجنبي كما في يد المكاتب، وأحد شريكي المفاوضة والعمال لا يصلح عدلاً في رهن صاحبه في دين لحقه من تلك التجارة^(١)؛ لأن [يداً]^(٢) كل واحد منهما كيد صاحبه والذين لهما، وإن كان من غير التجارة^(٣) جاز؛ لأنه أجنبي [عنه]^(٤).

ولو رهن المضارب من المضاربة بدين فيها لا يصلح رب المال عدلاً؛ لأن يده على ماله بد نفسه، وكذلك لو كان رب المال هو الذي فعل على أن تكون على يد المضارب؛ لأن يده على المال بد نفسه، وكذا الأب إذا رهن بثن ما اشترى للصغير على أن يضعه على يد نفسه؛ لأنه ما أزال الزهن عن يد نفسه^(٥)، وكذلك الكفيل إذا وضعه على أن يكون في يد المكفول عنه أو المكفول عنه وضع على يد الكفيل؛ لأن كل واحد منهما لا يصلح نائباً عن الآخر في قبض الدين؛ لأنه يعمل لنفسه لتفريغ ذمته، وإن مات العدل لم يبطل الزهن؛ لأن حق المرتهن حق لازم ويوضع على يدي [عدل]^(٦) آخر عن تراص منهما؛ لأن الزاهن لم يرض بحفظ الغير^(٧) فإن اختلفا فيه وصعه القاضي على يدي عدل وليس للعدل الثاني أن يبيع؛ لأن الزاهن ما وكله بالبيع إلا أن يموت الزاهن؛ لأن القاضي يتولى قضاء ديونه.

وإذا كان الدين مائة فقال الزاهن: بعته بمائة صدقه العدل فيه، وقال المرتهن: بعته بخمسين ودفعته إلي، فالقول. قوله؛ لأن المحل خرج عن الزهن بالبيع والمرتهن ينكر قبض الزيادة على خمسين فيكون القول قوله والبيئة بينة الزاهن؛ لأنه ثبت عليه الزيادة ولو لم يقر الزاهن بالبيع، وقال: مات في يدي العدل؛ فالقول. قول الزاهن؛ لأنه كان مضموناً على المرتهن بالدين، فإذا ادعى خروجه عن الصمان يحتاج إلى البيئة، ولذلك قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا كان الزهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه فإن ادعى أنه باعه بمثل الدين قبل قوله وإن قال: بعته بتسعمائة لم يقبل [قوله]^(٨) وصار كآته ضاع إلى أن يجيء بيئته أو يصدقه الزاهن.

ولو أخذ بالمسلم فيه رهناً وسلط على البيع عند المحل كان له أن يبيعه بجنس المسلم فيه ويغير جنسه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يبيعه بالذراهم والذنانير ويجنس المسلم فيه؛ لأن الوكيل بالبيع المطلق لا يملك البيع إلا بالذراهم والذنانير، ولكنهما جوراً البيع بجنس المسلم فيه^(٩) ما هنا؛ لأنه المقصود من البيع، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يملك البيع بالسلعة والثن جميعاً لما عرف. ولو سافر العدل بالزهن أو المرتهن^(١٠) لم يضمن إذا كان الطريق آمناً، لأن الأمر بالحفظ مطلق فيجري على إطلاقه، وذكر في بعض المواضع خلافاً. وقد علم ذلك في كتاب الوديعة.

(١) في «ج»: و«د»: الجارية. (٢) في «أ»: ساقطة.
 (٣) في «ج»: و«د»: ساقطة. وفي «د»: الجارية.
 (٤) في «ج»: عن يد نفسه. ساقطة. (٥) في «أ»: و«ج»: ساقطة، وهي في «د».
 (٦) في «ج»: و«د»: العين. (٧) في «أ»: و«د»: ساقطة.
 (٨) في «ج»: لأن التركيل. . . . بجنس المسلم فيه: ساقطة. (٩) في «د»: أو الزاهن.

والمرتهن أولى بالرهن إذا كان في يده أو في يدي العدل إذا مات الرهن معلماً وعيب ديون أو فلسه القاضي؛ لأن حق المرتهن أسبق تعلقاً من حق الغرماء فيجوز تعلق حق الغرماء. وأما فيمن يجب نفقة الرهن وكسوته ومؤونة رقه ودواؤه وغير ذلك^(١) وفيمن لا يجب الرهن إذا كان حيواناً فنفقته على الرهن وكذلك كسوته؛ لأن عظم المنفعة^(٢) في إمساك الرهن للرهن؛ لأن قبض الرهن قبض استيفاء وفي الاستيفاء منفعة المستوفي والموفي إلا أن منفعة الموفي أكثر؛ لأنها تجعل هذا الإيفاء الحكمي بمنزلة [الإيفاء]^(٣) الحقيقي؛ لأنه في الحالين يبرأ، ومنفعة المرتهن في الاستيفاء الحكمي دون المنفعة في الاستيفاء الحقيقي فكان عظم المنفعة في إمساك الرهن للرهن، فكان النفقة^(٤) عليه، وكذلك مؤونته^(٥)، وكذلك كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقي البستان وتلقيح نخيله وجذاذه والقيام بمصالحه وأجرة الزاعي وسواء كان بالرهن فضل أم لم يكن؛ لأن اليد^(٦) على الضورة أمانة فيكون بمنزلة المودع وكل ما كان لحفظه أو لرقه إلى يد المرتهن فهو على المرتهن^(٧) نحو: أجرة المسكن الذي يحفظ الرهن فيه وإن كان قيمة الرهن [أكثر]^(٨)، لأنه يحبس الرهن استيفاء لحقه فيكون مؤنة الحبس والحفظ عليه.

وجعل الأبق على المرتهن إذا كان قيمة الرهن والدين سواء؛ لأن المحل مضمون فيحتاج إلى الإعادة [ليرده]^(٩) على المالك وإن كان قيمته^(١٠) أكثر من الدين كان على الرهن بقدر الزيادة؛ لأن يده على الزيادة يد المودع فلا يلحقه الضمان بخلاف أجرة المسكن؛ لأن حق الحبس في الكل ثبت حقاً للمرتهن؛ وكذلك مداواة الجراحات والقروح والأمراض ينقسم على قدر الأمانة والضمان كجعل الأبق، وإنماء الرهن رهن كالأصل؛ لأنه جزء منه، فإن أراد الرهن أن يجعل النفقة التي عليه في نماء الرهن كاللبن والصرف وغيره فليس له ذلك؛ لأن التمام مرهون مع الأصل ويبيع ما يخاف الفساد عليه بإذن الحاكم. ويكون رهناً في يده؛ لأن إمساكه ليس من الهلاك، وإن باعه بغير أمره ضمن؛ لأن ولاية البيع نظر^(١١) للمالك لا يثبت^(١٢) إلا للحاكم.

والخراج على الرهن خاصة؛ لأنه مؤونة الملك فيكون على المالك.

والفداء من الجناية والدين الذي يلحق الرهن ينقسم على المضمون والأمانة، كما قلنا في جعل^(١٣) الأبق.

وما يجب على الرهن فأداء المرتهن بغير أمره فهو متطوع، وكذلك ما يجب على

(١) في أجه: وسيره. (٢) في أجه: رقه: المنفعة، وهي فاء: النفقة، والمثبت الأول.

(٣) في أله: ساقطة. (٤) في أجه: في الاستيفاء. . . النفقة: ساقطة.

(٥) في أجه: رقه: شربه. (٦) في أجه: رقه: يده. (٧) في أجه: فهو على المرتهن: ساقطة.

(٨) في أله: ساقطة. (٩) في أله: ساقطة.

(١٠) يعود الضمير على الرهن كما هو مصرح به في أجه: رقه. (١١) في أجه: تظهر.

(١٢) في أجه: لا يثبت: ساقطة. (١٣) في أجه: ساقطة.

المرتهن إذا أده الزهن يكون متبرعاً، لأن قضي دين الغير بغير^(١) أمره، ولو أنفق المرتهن على الزهن بأمر القاضي يرجع عليه، وكذلك المرتهن إذا أدى ما على الزهن؛ لأن للقاضي ولاية أن يجبره على الإنفاق على عبده فإذا امتنع أجبر لصاحبه، فالقاضي يجعل لصاحبه نائباً عنه في الإنفاق فيصير كأنه^(٢) أمر هذا الرجل بأن ينفق عليه ليكون ديناً عنده.

عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى: إذا كان الزهن غائباً فأنفق المرتهن بقضاء الدين يرجع عليه لما قلنا، وإن كان حاضراً لم يرجع؛ لأن القاضي لا يلي الحجز على الحاضر عنده، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يرجع في الوجهين؛ لأن القاضي يلي الحجر على الغائب عنده.

رجل أعار رجلاً شيئاً له حمل ومزونة ليرهنه بدينه فرهته ثم افتكه يرذه على المستعير، لأن له فيه منفعة؛ لأنه لو هلك ضمن المستعير فصار كالإجارة. ألا ترى: أن من دفع إلى رجل شعيراً يبيعه بأكرار^(٣) حنطة فحمله على الأمر كذا ما هنا.

ولو أن الزهن أبى أن ينفق على الزهن فإن القاضي يأمر المرتهن بأن ينفق عليه فإذا قضى الذين يرجع عليه بما أنفق سواء كان العبد هالكاً أو قائماً؛ لأنه فعل بأمر القاضي ولا يكون العبد رهناً بالتقعة حتى لا يكون له أن يحبس بذلك.

ولو أن قوماً لهم شرب فامتنع بعضهم عن كرى التهر أمر الحاكم الآخرين أن يكروا التهر ولهم أن يمنعوا الشريك على الشرب من هذا التهر حتى يدفع حصته، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: كما في الحائط^(٤).

وأما فيما يضمن المرتهن وغيره وفيما لا يضمن:

رجل^(٥) قال لآخر: أقرضني فقال: لا أقرضك إلا برهن فرهته فضاع قبل أن يقرضه ولم يكن يسمى ما يقرضه، قال محمد رحمه الله تعالى: يعطيه ما شاء، ولا أستحسن في أقل من درهم؛ لأن أقل ما يستقرض هذا.

رجل رهن رجلين سيفين أو ثلاثة، فتقلد بثلاثة، لا يضمن وإن تقلد باثنين ضمن؛ لأن التقلد بثلاثة غير معتاد فيكون ذلك للحفظ. أما الاثنان معتاد في الحروب فكان ذلك للاستعمال.

ولو رهن خاتماً فتختّم [به]^(٦) بيمينه، ضمن؛ لأن من الناس من يتختّم بيمينه، والأصل في التختّم هو اليمين، فإن جعل عليه خاتماً آخر لا يضمن؛ لأن ذلك أمانة للحفظ، وكل شيء يضمن في الغصب [يضمن]^(٧) في الزهن بحسابه، وإذا كان لا يضمن

(١) في «ج» و«د»: ساقطة. (٢) في «ج»: الإنفاق فيصير كأنه: ساقطة.

(٣) في «ج» و«د»: بالذار.

(٤) في «ج» و«د»: الحائط، وفي «أ»: الحافظ، ولعله تصحيف ولذا أثبتنا الأول.

(٥) في «ج»: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: ساقطة وهي في «ج» و«د».

في الغصب لا يضمن في الزهن.

رجل رهن عدداً شاباً فصار شيخاً، ضمن؛ لأنه تغير الزهن عن حاله، ولو رهن عبداً أورد فخرج اللحية فلا ضمان عليه؛ لأن ذلك آية الكمال لا آية النقصان، ولهذا لو غصب غلاماً أورد فخرج اللحية فردّه لا ضمان عليه لما قلنا، كذا ها هنا، بخلاف ما إذا رهن جارية ناهضة فأنكسر ثديها ضمن^(١)؛ لأن ذلك نقصان في الجوارى، ولهذا يضمن في الغصب.

ولو وهب المرتهن دينه من الزاهن وهلك الزهن في يديه ولم يمنعه لم يضمن، وهذا^(٢) استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة رحمهم الله تعالى، والقياس: أن يضمن، وبه أخذ زفر رحمه الله تعالى؛ لأن الضمان حكم القبض فيبقى ما بقي القبض، وإنا نقول: إن قيام الدين شرط لانعقاد الجهة. ألا ترى: أنه لو جعل^(٣) الزهن بدين لا يتوهم وجوبه لا في الحال ولا في الباقي^(٤) بأن جعل^(٥) بأجر النائحة^(٦) لا ينعقد الزهن ولا الجهة حتى لا يصير المقبوض مضموناً على المرتهن، وإذا كان قيام الدين شرطاً [لانعقاد توهم الوجوب^(٧) فشرطاً]^(٨) انعقاد الجهة كان شرطاً لبقاء الرهن قبل التمام، وتوهم الوجوب شرط لبقاء الجهة؛ لأن ما كان شرطاً لانعقاد العقد في الابتداء كان قيامه شرطاً قبل تمام العقد لبقاء العقد، وبعد هبة الدين زال الدين وزال توهم الوجوب فلا يبقى الزهن ولا الجهة والضمان لو بقي بالقبض إنما يبقى بأحد هذين الأمرين إما الزهن^(٩) أو الجهة، ولو منعه ضمن قيمته؛ لأن المرتهن أمين والأمين إذا منع الأمانة ضمن.

وأما فيما يجب^(١٠) على العبد المرهون السعاية:

رجل رهن عبداً ثم أعتقه وهو معسر سعى العبد في ذلك، ولو اشترى عبداً فأعتقه قبل القبض وهو معسر لا سعاية على العبد في قولهم جميعاً، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه يسعى. أما سعاية العبد؛ لأنه سلمت له الرقبة وقد تعذر تضمين المعتقد فتجب عليه السعاية بخلاف ما إذا أعتق العبد المبيع قبل القبض؛ لأن حق البائع ما تعلق بالمبيع استيفاء، وإذا سعى الزهن بعد الإعتاق فأحكامه أحكام الأحرار لتنفيذ العتق فيه.

ولو أقر المولى أنه رهن العبد من فلان فكذبه العبد ثم أعتقه المولى وهو معسر لزمته السعاية؛ لأن إقراره وجد حال قيام الملك فنفذ عليه.

وكل شيء يسعى العبد فيه رجع به على المولى؛ لأنه قضى ديناً عليه بإلزام الشرع إياه.

ولو دبر المرهون صار مدبراً وخرج من الزهن؛ لأنه لم يبق محلاً لاستيفاء الدين عنه^(١١).

- | | |
|-------------------------------------|--|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «د»: الوجوب، وأثبتنا ما في «ج». |
| (٢) في «ج» و «د»: ساقطة وهي في «أ». | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: الأمر. |
| (٤) في «ج»: الثاني. | (١٠) في «ج»: وجب. |
| (٥) في «ج» و «د»: حصل. | (١١) في «ج»: منه. |
| (٦) في «ج»: النائحة. وهو تصحيف. | |

والشعاية في التدبير^(١) مخالف للشعاية في العتق من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن المدبر يسعى مع^(٢) يسار المولى والمعتق: لا.

والثاني: لا يرجع المدبر، على المولى؛ لأنه ملكه فيملك أن يستعيه.

والثالث: يسعى في الذين بالغاً ما بلغ؛ لأن ملك المولى والمعتق يسعى في الأقل من قيمته ومن الذين؛ لأنه لا حق للمرتهن في أكثر من الذين ولم يصل إلى العبد بالعتق أكثر من مالية العبد فيضمن أقل منهما، ولو أعتقه المولى بعد التدبير وقد قضى عليه بالشعاية أو لم يقض لم يسع إلا قدر قيمته؛ لأننا فرضنا عليه الشعاية لسلامة الرقبة له فيسعى [في]^(٣) قدر قيمته إذا انتقصت قيمة الرهن في السعر فأعتقه الزاهن وهو معسر سعى العبد في الأقل من قيمته يوم الإعتاق ومن المضمون حتى لو ازدادت القيمة فصارت العين والذين ألفين وحين رهن كانت القيمة ألفاً. سعى في الألف، وإذا انتقص عن الألف سعى في قدر قيمته؛ لأنه الذي وصل إلى العبد.

ولو لم ينتقص في السعر ولكن قتله^(٤) عبد قيمته مائة فدفعه مكانه فالثاني رهن بجميع الذين [فإن أعتقه الزاهن وهو معسر سعى في قيمته مائة؛ لأن رقبته لا تساوي إلا مائة]^(٥)، ولو لم يكن كذلك ولكن [ولدت]^(٦) ولداً يساوي ألفاً فأعتقهم المولى وهو معسر سعى في الألف، وكذلك لو لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته ألفان^(٧) فدفع بها ثم أعتقه المولى سعى في الألف؛ لأنه المضمون وما زاد عليه أمانة.

ولو رهن عبداً قيمته خمسمائة بألف درهم وأعتقه المولى ثم مات وترك خمسمائة أخذها المرتهن وسعى العبد في مائتين وخمسين؛ لأن إيجاب الخمسمائة على العبد^(٨) للمرتهن لا يفيد؛ لأنه متى أدى خمسمائة ثبت له الرجوع بذلك في تركه الميت فيظهر أن ما أخذه المرتهن من تركه الميت من الخمسمائة بينهما نصفان وأن له على المرتهن مائتين وخمسين مما أخذ من تركه الميت وللمرتهن عليه مثله فينقصان.

ولو استعار رجل عبداً قيمته ألف درهم من رجل ليرهنه بألف درهم فرهنه ثم أعتقه مولاه ضمن المولى^(٩) قيمته للمرتهن ثم يرجع على الزهن. أما نفاذ العتق؛ فلا لأنه صادف ملكه، وأما ضمان المرتهن؛ فلا لأنه أثلف حق المرتهن. وأما الرجوع؛ فلا لأن المعير فصى دين المستعير برضاه. ألا ترى: أنه لو هلك الزهن أو افتكه المعير يرجع على الزاهن، ولو كان مولاه معسراً والزاهن موسراً ضمن الزاهن؛ لأن الذين واجب عليه، وهو قادر على فضائه فلزمه، ولا يرجع على أحد؛ لأنه قضى دين نفسه.

- | | |
|---|-------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: التدبير. وفي «أ»: المدبر والمثبت الأول. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: من. | (٧) في «ج»: ألفاً. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: للمرتهن. |
| (٤) في «ج» و«د»: قتله، وفي «أ»: بعض الحروف ساقطة من الكلمة. | (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | |

ولو كانا معسرين يسعى في قيمته ثم يرجع على أيهما شاء أما السعاية؛ فلأن حق المرتهن تعلق بماليتها وقد تعذر استيفاء هذا الحق من محل آخر، وقد سلم له هذا المحل فضمن قيمته، وأما الرجوع؛ على أيهما شاء. أما الزاهن؛ فلأنه قضى دياً عليه وهو غير متبرع^(١) في قضائه. وأما المالك؛ فلأنه أنلف حق المرتهن ووجب عليه الضمان لأن تعذر الاستيفاء لفقده فالعبد قضى دياً عليه وهو غير متبرع فيه فيرجع عليه ثم يرجع هو على الزاهن؛ لأنه قضى دينه^(٢) وهو غير متبرع فيه.

ولو رهن أمة فجاءت بولد فادعاء الزاهن ولا يعلم أنه وطنها وهو معسر سعت الأمة وولدها في الدين كله؛ لأن حق المرتهن سرى من الأم إلى الولد ظاهراً والزاهن بالدعوة أبطل حق المرتهن عنهما بإثبات حق الحرية في الأم وحقيقة الحرية في الولد، وقد تعذر استيفاء الضمان منه فلزمهما السعاية كما لو اعتقهما.

ومعنى قولنا: ولا يعلم أنه وطنها؛ أي لا يعلم أنها كانت حاملاً يوم الزهن.

ولو ماتت الأم قبل أن تزوي شيئاً سعى الولد في الأقل من قيمته ومن نصف الدين، لأن الولد في حياة الأم كان يسعى في الأقل من قيمته ومن نصف الدين فكذا بعد موت الأم؛ لأنه لا يتصور أن يسري من الأم إلى الولد عند الموت شيء؛ لأن الولد منفصل عن الأم حال موته ويرجع الولد بما سعى على أبيه؛ لأنه قضى ديناً عليه^(٣) وهو غير متبرع فيه.

ولو أقر الزاهن بأن العبد الذي رهنه لفلان فأعتقه لم يضمن المقر له شيئاً؛ لأن من رَغِمَ المرتهن أن المقر له ليس بمالك^(٤) وإنما جاز عتقه بتسليط الزاهن حيث أقر بالملك له وكان بمنزلة ما لو سلطه على الإعتاق بالوكالة؛ ولو سلطه الزاهن على الإعتاق بالوكالة فأعتقه لم يضمن المعتق للمرتهن شيئاً كذا هنا.

ولو أقر المرتهن ولم يقر الزاهن لم يصدق؛ لأن الإقرار صادف ملك الغير فلا يصدق على المالك.

وإن مات الزهن في يده بطل دينه وضمن قيمته للمقر له. أما ضمان الدين؛ فلأنه صار مستوفياً دينه بهلاك الزهن في حق الزاهن؛ لأنه لم يصدق على الزاهن، وأما ضمان القيمة للمقر له؛ فلأنه أقر أنه غاصب الغاصب، وقد صدق في حق نفسه، فإذا هلك المنصوب عنده ضمن قيمته للمغصوب منه.

وأما جنابة الزهن والجنابة على الزاهن^(٥):

ولو جنى الزهن وقيمته والذين سواء يخاطب الزاهن والمرتهن بالدفع، أو^(٦) الفداء؛ لأن لأحدهما ملكاً في العبد وللآخر حق فإن اختاراً جميعاً الفداء كان فداؤه على المرتهن.

(١) في «ج» و«د»: متبرع، وفي «أ»: معسر، والمثبت الأول. (٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «ج» و«د»: ساقطة. (٤) في «ج» و«د»: مالك، وفي «أ»: مملوك، والمثبت الأول.

(٥) في «ج»: الزهن. (٦) في «ج» و«د»: أو، وفي «أ»: أما، والمثبت الأول.

لأنَّ العداء بعد حناية العبد بعنلة الدَّواء؛ لأنَّه يدفع الهلاك عن العبد وضمن الدَّواء بحسب على المرتهن؛ لأنَّ الهلاك عليه فكذا هذا، فإنَّ فداء الزَّاهن وأبى المرتهن كان مكافئاً قضاء السَّين فيسترده منه؛ لأنَّ الزَّاهن إنَّ كان متبرعاً من حيث إنَّه قضى ديباً واجباً على المرتهن وهو غير مضطر في ذلك فهو غير متبرع من حيث إنَّه^(١) يصلح ملكه فإنَّ العبد مشغول بالجناية والفداء يظهره عن^(٢) الجناية فكان متبرعاً باعتبار غير متبرع باعتبار آخر فلا يشت انتزع وإذا لم يصير متبرعاً كان له الرجوع بما قضى؛ لأنَّه قضى حقاً وهو غير متبرع في ذلك فإنَّ كان نصفه فارغاً ونصفه مشغولاً فالفداء عليهما نصفان إذا اختار العداء؛ لأنَّ نصفه مضمون على المرتهن ونصفه أمانة فيجب الفداء عليهما اعتباراً للعض بالكل، فإنَّ فداء المرتهن والزَّاهن غائب رجع عليه بنصفه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يرجع على الزَّاهن بشيء. هما رحمهما الله تعالى يقولان: قضى حقاً واجباً على غيره بغير أمره وبغير أمر من يلي عليه وهو غير مضطر في ذلك ولا مصلح ملك نفسه ولا يحمي حقَّه فيكون متطوعاً كما لو كان الزَّاهن حاضراً ففداه. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إنَّه محي حقَّه من وجه^(٣)؛ لأنَّه ثبت له في فداء^(٤) الأمانة أحد حكمي الزَّهن وهو الحبس وإنَّ لم يثبت له الحكم الثاني وهو الملك حالة الهلاك، ومثل هذا الحق يعتبر ثابتاً من وجه دون وجه، فاعتبر الحبس حقاً له حال غيبة الزَّاهن حتى كان محيياً حقَّه بالفداء ولم يعتبر حقاً له حالة الحضرة ليكون عملاً بهما بقدر الإمكان.

جنايات الرقيق على الرقيق أنواع أربعة: حناية الفدرغ على الفدرغ، وجناية المشغول على المشغول، وجناية المشغول على الفدرغ، وجناية الفدرغ على المشغول، وكل الجنايات هدر إلاَّ جناية الفدرغ على المشغول لما نبت.

إذا ثبت هذا فنقول: إذا رهن رجل عبيدين قيمة كل واحد منهما ألف درهم بألف درهم فقتل أحدهما صاحبه تحول إلى القاتل نصف ما في المقتول من الذَّين وإنَّ فقاً عينه تحول نصف ما في عيه وبطل نصف ما في المقتول المفقوءة عينه؛ لأنَّ جناية الفدرغ على الفدرغ هدر؛ لأنَّ اعتبارها لا يفيد؛ لأنها لو اعتبرت إمَّا أن تعتبر لملك الزَّاهن في المجني عليه أو لحق المرتهن في المجني عليه وهو حق الحبس فإنَّ الفدرغ عنده محسوس بالذَّين، وإنَّ لم يكن مضموناً فالأول: لا يفيد؛ لأنها إمَّا تعتبر ليصير الجاني ملكاً له قائماً مقام لمجني عليه إنَّ دفعه وإنَّ فداء ليصير الفداء ملكاً له قائماً مقام المجني عليه^(٥)، وهذا ثابت له قبل الجناية فإنَّ الجاني ملكه والفداء ملكه^(٦) وصار هذا كمن أودع عبيدين له [عند

(١) في «د»: قضى ديباً... من حيث إنَّه: ساقطة، وهي في «أ» و«ج».
(٢) في «ج» و«د»: عن. وفي «أ»: على وأثبتنا لأول. (٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «ج» و«د»: قدر. (٥) في «ج»: إنَّ دمه... المجني عليه: ساقطة.
(٦) في «ج»: والفداء ملكه: ساقطة.

رحل^(١) فقتل أحدهما صاحبه، والثاني: لا يفيد؛ لأنهما إنما تعتبر لبصير الجاني مشغولاً كالمجني عليه بالحس من غير ضمان وهذا ثابت له قبل الجناية.

وجناية المشغول على المشغول^(٢) هدر؛ لأن اعتبارها لا يفيد^(٣) لملك الزاهن ولا لحق المرتهن لما قلنا.

وجناية المشغول على الفارغ كذلك لأن اعتبارها أيضاً لا يفيد لما قلنا^(٤).

وجناية الفارغ على المشغول معتبرة؛ لأن اعتبارها مفيد لحق المرتهن وإن كان لا يفيد لملك الزاهن؛ لأنها لو اعتبرت صار الثاني مشغولاً ببعض^(٥) الشغل الذي كان في المجني عليه والجاني لم يكن مشغولاً بذلك قبل الجناية.

إذا ثبت هذا فنقول^(٦): لكل واحد من العبدین نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ بعد هذا: الكلام في موضعين: في القتل، والفقه.

أما الكلام في القتل: إذا قتل أحدهما صاحبه فالعبد المقتول نصفه فارغ والجناية على النصف الفارغ هدر كله، بقي النصف المشغول فالجناية على النصف من هذا النصف هدر؛ لأنه تلف بجناية المشغول، والجناية على النصف من هذا النصف معتبر؛ لأنه تلف بجناية الفارغ فما كان هدرأ صار كآته تلف بأفة سماوية فسقط ما بإزارته من الدين وهو مائتان وخمسون، وما كان معتبرأ يتحول ما بإزارته إلى الجاني وذلك مائتان وخمسون فصار القاتل رهناً بتسمائة وخمسين.

وأما الكلام في الفقه: فنقول: المفقوءة عینه قبل الفقه كان رهناً بخمسمائة إلا أن الفاقء لما فقأ عینه فقد أنلف عنه^(٧) نصفه نصف هذا النصف فارغ ونصفه مشغول وبقي النصف نصفه فارغ ونصفه مشغول فبقي نصف الدين وذلك مائتان وخمسون فبقي المفقوءة عینه [رهناً بمائتين وخمسين والفاقء ستمائة وخمسة وعشرين؛ لأن نصف المفقوءة عینه^(٨) نصف ذلك النصف فارغ [هلك النصف فارغاً]^(٩) ونصف ذلك النصف مشغول والجناية على ذلك المشغول نصفها هدر ونصفها معتبر فما كان هدرأ سقط ما بإزارته من^(١٠) الدين وذلك مائة وخمسة وعشرون وما كان معتبرأ تحول إلى الجاني وذلك مائة وخمسة وعشرون^(١١) فصار الفاقء رهناً بستمائة وخمسة وعشرين.

ولو رهن عبدین رهنين مختلفين وقيمة كل واحد منهما ألف درهم^(١٢) بألف درهم^(١٣)

(١) في «أ»: ساقطة. وهي في «ج» و«د».

(٢) في «د»: على المشغول: ساقطة.

(٣) في «د»: ساقطة.

(٤) في «ج» و«د»: وجناية المشغول... لما قلنا ساقطة. (١١) في «ج»: وعشرون: ساقطة.

(٥) في «ج»: ينقص.

(٦) في «ج»: القول.

(٧) في «ج» و«د»: منه.

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «ج» و«د»: ما بإزارته من ساقطة.

(١١) في «ج»: وعشرون: ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١٣) في «ج» و«د»: ساقطة.

وقد رهن كل واحد منهما بخمسمائة حتى يكون رهنًا بألف فقتل أحدهما صاحبه فهذا يخالف الأول فإنّ الحناية ها هنا كلها معتبرة، وإن كان نصف كل واحد من العبدین فرعاً ونصفه مشغولاً، وإنما كان؛ لأنّ في المسألة الأولى إنّما اعتبرت الجناية بقدر الزرع وهو نصف نصف المشغول؛ لأنّ هذا القدر تلف بجناية الفارغ وأما فيما عدا ذلك إنّما تلف الفارغ أو المشغول بجناية المشغول وذلك هو.

أما في مسألتنا: المقتول كله تلف بجناية عبد هو فارغ كله في حقه؛ لأنّ القاتل فارغ من ^(١) شغل المقتول ^(٢) والمقتول فارغ من شغل القاتل ^(٣) فهذا لو قضى دين أحدهما كان له أن يفتكه ^(٤) ولهذا اعتبرت الجناية كلها وصار هذا كجناية إحدى ^(٥) عبيد الزاهن على عبد الأجنبي ولو كان كذلك يختير الزاهن والمرتهن إن شاء دفعا وإن شاء فديا كذا هنا، فإن اختارا الدفع بطل ما كان في القاتل من الدين؛ لأنّ القاتل زال عن ملك الزاهن. وهو في ضمان المرتهن بالدفع فصار بمنزلة ما لو هلك، ولو هلك سقط ما كان فيه من الدين [كذا ها هنا]، وإن اختار الفداء بقيمة المقتول فدياه نصفين؛ لأنّ نصف القاتل مضمون على المرتهن والنصف أمانة، ولو كان الكل مضموناً كان جميع الفداء على المرتهن، ولو كان الكل أمانة بأن كان وديعة كان ^(٦) جميع الفداء على صاحبه فيجب اعتبار البعض بالكل وتكون القيمة رهناً مكانه؛ لأنّ المقتول مات وأخلف بدلاً، وكذلك إذا فقا أحدهما عين صاحبه لما قلنا في القتل.

ولو اختلفا فقال الزاهن: افد، وقال المرتهن: لا أفدي، فداء الزاهن؛ لأنّ هذه الجناية لو وقعت على عبد أجنبي واختار أحدهما الدفع والآخر العداء كان القول. قول من يختار الفداء ليحيي ملكه أو حقه كذا هنا، وقصه نصف الفداء بدينه؛ لأنّ الزاهن أو المرتهن ^(٧) بهذا الفداء أراد ^(٨) إحياء ملكه وحقه ^(٩) فاستوجب ديناً على المرتهن قدر خمسمائة، وللمرتهن على الزاهن دين ^(١٠) خمسمائة بإزاء القاتل فتقع المقاصة فيصير الزاهن مؤدياً دين القاتل، فيخرج القاتل من الزهن، وإن أبى الزاهن وفداء المرتهن فهو متطوع، إلا أن يكون الزاهن غائباً؛ لآته بقدر المضمون أدى عن نفسه ويقدر الأمانة أدى عن الزاهن وهو غير محيي حقه ولا ملكه فكان متطوعاً إلا أن يكون الزاهن غائباً وهو على الاختلاف الذي حكيناه آنفاً.

ولو كان الزاهن ^(١١) عبداً فقتل نفسه أو جرح نفسه فهو مثل بلاء ^(١٢) سماوي حل به

(١) في «ج»: عن. (٢) في «ج»: القاتل. (٣) في «ج»: والمقتول... القاتل. ساقطة.

(٤) في «ج»: يفتكه، وفي «د»: يقتله.

(٥) في «ج» و«د»: أحد، وفي «أ»: بعد، والمثبت الأول. (٦) في «ج»: نال.

(٧) في «ج» و«د»: أو المرتهن: ساقطة.

(٨) في «ج» و«د»: أراد، وفي «أ»: الإرادة، والمثبت الأول.

(٩) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٠) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١١) في «ج»: الزهن. (١٢) في «ج» و«د»: ساقطة.

ولا دفع ولا فداء؛ لأن جناية الحر على نفسه هدرٌ، فكذا جناية العبد مفسد كبير. سماوي^(١) نزل به^(٢) من السماء.

ولو رهن أمة فولدت ثم قتلت ولدها كأنه مات، وكذلك لو فقأت عينه؛ لأن الذنب انقسم عليهما على سبيل الانتظار فإذا مات الولد أو فات تبين أنه لم يقسم فكان دافعاً والحناية على الفارغ هدر فصار كأنه مات.

ولو رهن عبداً قيمته ألف بألف فجنى على الزاهن أو على ماله هدرٌ، وهذا الجور على قولهما رحمهما الله تعالى ظاهراً؛ لأن المرهون مضمون على المرتهن من وجه أمانة من وجه فكان المرتهن في حق المرهون بمنزلة الغاصب من وجه، وبمنزلة المودع من جهة، ولو كان غاصباً من كل^(٣) وجه كان جناية المغصوب على المالك وماله هدرًا عندهما رحمهما الله تعالى، فهذا أولى، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: اختلف المشايخ فيه قال بعضهم: معتبر عنده كجناية^(٤) المغصوب على المالك وماله، وقال بعضهم: هدر عنده أيضاً. وفرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين المرتهن والغاصب، والفرق: أن المرتهن في حق الزهن بمنزلة الغاصب من وجه وبمنزلة المودع من وجه وقع الشك في اعتبار حنيت على المالك وعلى ماله فلا تعتبر، فأما الغاصب: ليس بمنزلة المودع بوجه [ما]^(٥) فلا^(٦) يقع الشك في اعتبار جناية^(٧) المغصوب على الملك^(٨) وماله.

وإن جنى على المرتهن أو على عبده هدرٌ في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يهدر. هما رحمهما الله تعالى بقولان: المرتهن في حق المرهون بمنزلة الغاصب من وجه وبمنزلة المودع من وجه، ولو كان غاصباً من كل وجه كانت جنايته على الغاصب معتبرة عندهما رحمهما الله تعالى، فهذا أولى. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: وقع الشك في اعتبار جنايته فلا تعتبر بالثبوت، وإذا هدرت جنايته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى صار وجودها وعدمها بمنزلة، ولو عدت بقي رهناً على حاله، وعندهما: لما اعتبرت كانت جنايته على المرتهن كجنايته على الأجنبي، فيخاطب الزاهن بالدفع أو الفداء، فإن شاء الزاهن الدفع وطلب المرتهن الحناية دفعها بالجناية وبطل دينه؛ لأن الدفع بمنزلة الهلاك، ولو هلك العبد^(٩) المرهون في يد المرتهن سقطت قيمته إذا كانت قيمته مثل الدين أو بقدره إذا كانت قيمته أقل من الدين كذا هنا، وإن شاء الزاهن الدفع ويقول^(١٠) المرتهن: لا أبغي الجناية يكون المرهون رهناً بجنايته؛ لأن الجناية إنما تعتبر لحق المرتهن. فإذا قال: لا أطلب فقد ترك حقه فلم يعتبر

- | | |
|---------------------------------|----------------------------|
| (١) في نسخة: واده: ساقطة. | (٦) في نسخة: واده: فلم. |
| (٢) في نسخة: واده: ساقطة. | (٧) في نسخة: واده: ساقطة. |
| (٣) في نسخة: ساقطة. | (٨) في نسخة: واده: المالك. |
| (٤) في نسخة: عندهم جناية. | (٩) في نسخة: ساقطة. |
| (٥) في نسخة: واده: وهي في نسخة. | (١٠) في نسخة: واده: وقال. |

فيبقى العبد رهناً عنده. هذا كله إذا كانت قيمته مثل الذين بأن كانت قيمته ألفاً وكذلك لو كانت قيمته أقل بأن كانت قيمته خمسمائة. أما إذا كانت قيمته ألفين قال: هدرت جنايته على الزاهن لما قلنا، فأما إذا كانت قيمته مثل الدين أو أقل، فإن جنى على المرتهن أو على ماله كانت جنايته معتبرة عندهم جميعاً رحمهم الله تعالى. أما عندهم رحمهما الله تعالى: فظاهر، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ فالقياس أن تكون جنايته في^(١) النصف مذكراً وفي النصف معتبرة؛ لأن المرتهن في النصف أمين من كل وجه بمنزلة المودع وفي النصف بمنزلة الغاصب من وجه وبمنزلة المودع من وجه، لكن ترك أبو حنيفة رحمه الله تعالى القياس لضرره؛ لأننا متى اعتبرنا جنايته في النصف لا غير احتجنا إلى إبطال الزهن، الثابت بيقين بالشك؛ لأننا إذا اعتبرنا جنايته في النصف يجب دفع النصف الذي هو أمانة، ومتى^(٢) دفع يصير نصف الزهن مسلكاً للمرتهن ويبقى^(٣) النصف ملكاً للزاهن فيصير الزهن^(٤) مشاعاً، والشبوع الطاريء يبطل الزهن فيكون إبطالاً للزاهن بالشك؛ لأنه اجتمع في النصف المضمون ما يوجب أن تكون الجناية معتبرة وما يمنع الاعتار فمتى أهدرنا جنايته نصف المضمون وتحت^(٥) إبطال الزهن كان إبطالاً لها هنا بالشك الثابت باليقين وهذا لا وجه إليه، فاعتبرت الجناية في الكل، وإذا اعتبرت في الكل قيل للزاهن: ادفعه أو افده، فإن دفعه^(٦) بطل دينه إذا طلب المرتهن الجناية، وإن فداء كان نصف الفداء على الزاهن فيكون رهناً على حاله؛ لأنه لو جنى على أجنبي كان الفداء على الزاهن والمرتهن نصفين فكذا هنا إلا أن النصف الذي على المرتهن يسقط عنه؛ لأنه لا يجب له على نفسه ويؤدي الزاهن النصف الذي عليه ويكون العبد رهناً على حاله؛ لأنه طهره الزاهن عن الجناية بالفداء ومتى طهره بقي العبد رهناً على حاله كما كان قبل الجناية.

وكذلك لو استهلك متاعاً للمرتهن فإن شاء قضى عنه نصف ذلك الدين، وإن أبى بيع العبد في ذلك الدين كله. أما إذا شاء قضاء^(٧) الدين [عنه]^(٨) فلائذ هذا العبد لو أفسد متاعاً لأجنبي كان قضاء الدين وهو قيمة المتاع عليهما نصفان فكذا إذا أفسد متاعاً للمرتهن وقد اعتبرت هذه^(٩) الجناية إلا أن ما يجب على المرتهن سقط عنه وما يجب على الزاهن يقضي الزاهن ذلك النصف، وأما إذا أبى؛ فلائذ هذا العبد لحقه دين فإذا أبى المولى أن يقضي ذلك الدين يباع فإذا بيع بيع في ذلك [كله]^(١٠) وهو قيمة المتاع فإن بقي شيء بعد قضاء الدين أخذ الزاهن نصفه والمرتهن نصفه؛ لأن العبد كان نصفه فارعاً ونصفه مضموناً فما ذهب ذهب نصفه من حساب الزاهن نصفه من حساب المرتهن وما بقي [يبقى]^(١١) من

(٧) في «ج»: قضى.

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «ج»: و«د»: ساقطة.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١) في «ج»: و«د»: على.

(٢) في «ج»: وقع.

(٣) في «ج»: وسعى.

(٤) في «ج»: الزاهن.

(٥) في «ج»: ساقطة، وفي «د»: وتحت، وتركها كما هي في «أ».

(٦) في «ج»: أو افده فإن دفعه: ساقطة.

العارغ والمضمون جميعاً فيكون بينهما نصفين .

ولو قتل الزاهن أو المرتهن عمداً قتل به . أما الزاهن ؛ فلاته قتل مولاه عمداً فيقتل به ، لأنه لا يملك دمه كما قيل الزاهن ، وأما إذا قتل المرتهن ، فلاته لو قتل مولاه يقتل به فإذا قتل غيره كان أولى . ولو جنى العبد الزهن على رجل واختلفا في الذفع والفداء ، فقال الزاهن : ادفع ، وقال المرتهن : افد لم يكن للزاهن أن يدفع ؛ لأن للمرتهن فيه حقاً فالزاهن بالذفع رام بإبطال حقه فلم يكن له ذلك فإن فداء المرتهن فهو متطوع ، وكذا لو كان غائباً في قول أبي يوسف ومحمد^(١) رحمهما الله تعالى ، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : إن كان الزاهن غائباً لم يكن متطوعاً ، والمسألة مرت . هذا إذا كان بعضه فارغاً وإن كان كله مشغولاً ، فالفداء كله على المرتهن ؛ لأنه لو هلك كان الهلاك كله على المرتهن فإذا فدى الزهن في هذا كله فإن كان مشغولاً كان قضاؤه من الذين مقدار الفداء ؛ لأنه غير متطوع ؛ لأنه بهذا الفداء^(٢) يحيي ملكه فاستوجب الرجوع على المرتهن وللمرتهن على الزاهن دين فإذا كان الدينان من جنس واحد وقعت المقاصة وآخر الدينين يكون قضاء عن الأول فصار كأَنَّ الزاهن قضاء باليد ، وكذلك إن كان نصفه مشغولاً كأنه^(٣) قضاء نصف الفداء^(٤) من^(٥) دينه ؛ لأنه وقعت المقاصة بقدر النصف ، وإن فده الزاهن والمرتهن غائب لم يكن متطوعاً في قولهم ؛ لأنه يحيي ملك نفسه فلا يكون متطوعاً ، وإن دفع فللمرتهن إن حضر أن يبطل دفعه ويفديه متطوعاً ؛ لأن هذا الذفع تضمن بإبطال حق المرتهن وهو قابل للإبطال فله أن يبطله .

ولو كان العبد الزهن قيمته ألفاً يوم رهنه وقتله رجل خطأ وقيمته يوم قتله مائة يضم مائة درهم للمرتهن ولم يرجع على الزاهن بشيء ولا يقال : فك المائة بالدين ، فرق بين هذا وبينما إذا كانت قيمته ألفاً فقتله عبد يساوي مائة فدفع به فإن الثاني يكون رهناً وهذا ويكون رهناً^(٦) بجميع الألف ، والفرق^(٧) : وهو أَنَّ المائة وإن كانت بدلاً عن المقتول إلا أنه تعذر أن تجعل المائة رهناً بالألف لا باعتبار الاستيفاء ولا باعتبار الفكاك . أما باعتبار الاستيفاء^(٨) ، فإن المائة إذا هلكت يصير مستوفياً الألف^(٩) بالمائة ، وهذا ربا ، وأما باعتبار الفكاك ؛ فإن الفكاك يشبه البيع باعتبار اليد وشراء المائة بالألف في حق البيع لا يجوز ، فكذا فيما هو شبه البيع ، وأما العبد وإن كان قيمته مائة أمكن أن يجعل رهناً بالألف باعتبار الاستيفاء والفكاك جميعاً . والله أعلم .

وأما فيما يدخل تحت الزهن تبعاً^(١٠) وما لا يدخل :

ولو كان الزهن أمة فولدت أو بهيمة فنتجت أو شجرة فأنثرت دخل ذلك كله في الزهن ؛ لأنَّ حكم الزهن صيرورة المرهون مملوكاً يداً والملك وصف العين والأرصاف

(١) في «ج»: غير واردة . (٢) في «ج»: القدر . (٣) في «ج»: كان .
(٤) في «ج»: رده : الدليل . (٥) في «ج»: رده : ساقطة . (٦) في «ج»: يكون رهناً . ساقطة .
(٧) في «ج»: والألف . (٨) في «ج»: ولا باعتبار . . . الاستيفاء : ساقطة .
(٩) في «ج»: ألفاً . (١٠) في «ج»: ساقطة .

الحكمية تتعدى إلى الزوائد كملك الرقبة، فإن هلكت الزوائد لم يبطل من الدين^(١) شيء، لأن الزوائد تبع والاتباع لا يقابلها شيء من الدين، ولو هلك الأصل وبقي الزوائد قسم الدين على قيمة الزهن يوم وقع عليه العقد وعلى قيمة الزوائد^(٢) يوم الافتكاك؛ لأن الولد يصير مقصوداً بالقص والافتكاك.

ولو^(٣) ماتت الأم وبقي الولد افتكه بصف الدين إذا كانت قيمته يوم الفكاك تساوي الأم. فإن هلك الولد بعد موت الأم ذهب بغير شيء؛ لأنه تبتن أن الأم هلكت بكل الدين.

ولو رهن أرضاً فيها شجر ونخيل دخل الشجر والنخيل في الأرض^(٤) وإن لم يسم الشجر والنخيل، لأن الشجر والنخيل يدخل تحت اسم الأرض في البيع من غير ذكر، ففي الزهن أولى؛ لأنه يدخل تحت الزهن ما لا يدخل تحت اسم^(٥) البيع [من غير ذكر]^(٦) لما تبتن؛ فلأن يدخل تحت الزهن ما يدخل تحت البيع كان أولى.

ولو كان على^(٧) الشجر ثمر دخل في الزهن، وهذا لا يشبه البيع، وكذلك لو رهن أرضاً [قنيها زرع]^(٨) دخل الزرع^(٩) وإن لم يسم، والفرق: وهو أن الثمر والزرع تبع من وجه دون [وجه]^(١٠) لأنه متصل بالأرض اتصال خلقه كالشجر غير تبع من وجه؛ لأنها للفصل لا للقرار بخلاف الأشجار فرجحنا جانب التبعية في باب الزهن تحريماً لجواز العمد كيلا يصير راهناً شيئاً هو مشغول بحق الزاهن فلا يجوز الزهن، وفي باب البيع لم يترجح فيقع الشك في الدخول فلا يدخل.

ولو رهن أرضاً ونخلت بألف درهم وقيمة كل واحد منهما خمسمائة يقسم الدين عليهما نصفين لما مر فإن^(١١) قطع النخيل ذهب نصف الدين فإن نبت نخيل لا من عروق النخيل القديمة كانت تابعة للأرض لا للنخيل القديمة^(١٢)، بل من الأرض قيمتها خمسمائة صارت الأرض والنخيل بثلاثي الدين؛ لأنها إذا نبتت لا من عروق النخيل القديمة [كانت تابعة للأرض لا للنخيل القديمة]^(١٣) فينقسم الدين عليها وعلى النخيل القديمة وعلى الأرض أثلاثاً إذا بقيت هذه النخيل إلى وقت الفكاك وقيمة الكل سواء. أما إذا نبت النخيل من عروق النخيل القديمة كان الجواب عنه^(١٤) كالجواب فيما إذا أنمرت النخيل، لأنها تولدت من النخيل القديمة.

ولو أنمرت وقيمة الثمر مثل قيمة^(١٥) النخيل على قول أبي حيفة ومحمد رحمهما الله

- | | |
|---|--------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: الذين، وفي «أ»: العين والمثبت الأول. | (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: قسم... الزوائد: ساقطة، وهي في «أ» و«ج». | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١١) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و«د»: في الزهن. | (١٢) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٥) في «ج» و«د»: اسم: ساقطة. | (١٣) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ» و«د»: ساقطة. | (١٤) في «ج» و«د»: في |
| (٧) في «ج» و«د»: على: ساقطة. | (١٥) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٨) في «أ» و«د»: ساقطة. | |

تعالى كان الثمن تبعاً للأرض حين يقسم الدين على الثمر والتخيل والأرض أثلاثاً، فكذا إذا نبت نخيل آخر من عروق التخيل القديمة، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الثمر تبع للتخيل فيقسم الدين أولاً على الأرض والتخيل، فما أصاب النخيل يقسم بين التخيل وبين الثمر بصمين إذا كان قيمتهما على السواء إذا بقي الثمر إلى وقت الفكك كذاهاها، ولو لم يكن فيهما نخيل يوم رهن ثم نبت بعد ذلك فهي زيادة إن احترقت لم يبطل من الدين شيء؛ لأنه لم يرد عليه سب الضمان مقصوداً.

ولو رهن أرضاً ونخلًا ثم [أثمر] ^(١) وقيمة كل واحد خمسمائة فاحترقت النخيل ذهب ثلث الدين، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما قلنا. فإن هلكت الزيادة بعد ذلك جعل كأَنَّ لم يكن فيبطل نصف الدين بذهاب النخيل؛ لأن الزيادة إذا ذهبت صارت كأن لم تكن فظهر أن نصف الدين كان في التخيل فذهب بذهاب النخيل نصف الدين، وكل جواب عرفته في الثمر مع التخيل، فكذا في الولد مع الأمة.

والعقر يدخل في الزهن تبعاً؛ لأنه بدل جزء من أجزائها فيكون رهناً معها كالأرض. ولو وهب للمرمونة هبة لم تكن رهناً معها، وكانت لمولاهها، وكذلك كسبها؛ لأن الكسب بدل المنفعة لا بدل جزء من أجزائها. والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث

فيما يعود رهناً وفيما لا يعود إلى آخره

رجل رهن عبداً فأبى العبد فجعل القاضي العبد بما فيه، ثم ظهر العبد فهو رهن على حاله؛ لأنه جعله بما فيه بناء على عجزه عن تسليم العبد والآن قدر على التسليم. هكذا ذكر في «العيون»، وكان القياس أن لا يعود رهناً ويعود على ملك المرتهن كما في العاصب ^(٢).

ولو رهن شاة قيمتها عشرة دراهم بمشرة فماتت بطل الدين؛ لأنه توى الزهن عند المرتهن، فإن دفع جلدها عاد من الدين مقدار قيمة الجلد فيكون رهناً به؛ لأن التوي في حق الجلد كان موقوفاً إن لم ^(٣) يدبغ كان تاوياً، فإن دبغ صار مالاً متقوماً فإذا زال التوي عن الجلد عاد الزهن، وأما التوي في حق اللحم غير موقوف؛ لأنه لا يتوهم ^(٤) أن يصير اللحم مالاً متقوماً.

ولو كان اللحم بتسعة عشر والجلد بدرهم فهذا رهن بنصف درهم ويبطل ما بقي من ديه؛ لأن بإزاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون الجلد رهناً بنصف درهم

(١) في «أ»: ساقطة. (٢) في «ج»: لم. ساقطة.

(٣) في «ج»: لا يتوقف.

(٤) في «ج»: النصب.

إذا قضى نصف درهم افكك الجلد وينظر إلى قيمة اللحم والجلد يوم ارتهن يريد به إلى قيمة الشاة مسلوخة وإلى قيمة الشاة حية، فإن كان قيمتها حية عشرين وقيمتها مسلوخة تسعة عشر كان تسعة^(١) وكان قيمة الجلد درهماً، وإنما اعتبرنا قيمتها يوم الارتهان، لأن الانقسام يوم الزهن فيعتبر قيمتها يوم الارتهان ويستوي الجواب، بينما^(٢) إذا دبح بشيء لا قيمة له وبينما إذا دبح بشيء له قيمة [وهو الصحيح]^(٣).

وإذا خلل الخمر هل يعود الزهن؟ قد ذكرنا قبل هذا أن الذمي إذا رهن الخمر عند الذمي ثم أسلمها إن خللها عادت رهنًا، وكذا لو رهن مسلم من مسلم عصبيراً فصار خمرًا ثم صار حلاً يعود الزهن.

وأما في اختلاف الزامن مع المرتهن في هلاك الزهن واستهلاكه ورده واسترداده وغير ذلك.

وإذا ادعى الزامن أنه رهنه بخمسمائة، وقال المرتهن: بألف، فالقول قول الزامن مع يمينه؛ لأن الزامن ينكر تعلق^(٤) حقه في الزيادة^(٥) على خمسمائة، ولو قال الزامن: رهننت بجميع الذين لك عليّ وهو ألف والزهن يساوي ذلك، وقال المرتهن^(٦) ارتهننت بخمسمائة والزهن^(٧) قائم فقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن القول قول الزامن ويتحالفان ويتراذان؛ لأن الزامن ينكر الزهن بأقل من قيمته إلا أنهما اختلفا فيما وقع العقد، [عليه]^(٨) فيتحالفان كما إذا اختلفا في الثمن والسلعة قائمة، وإن هلك الزهن قبل أن يتحالفا فهو كما قال المرتهن وإن اتفقا على أن^(٩) الزهن بألف واختلفا في^(١٠) قيمة الحاربة فالقول: قول المرتهن، وكذلك لو كانا ثوبين فهلك أحدهما فالقول قول المرتهن^(١١) في حق المثل في قيمة الهالك؛ لأنه ينكر الزيادة كالعاصب والبيته بينة الزامن في زيادة القيمة.

المرتهن^(١٢) إذا ادعى أنه رهن منه هذين الثوبين بألف وقال الزامن: رهننت أحدهما بعينه حلف كل واحد منهما على دعوى الآخر كما في البيع^(١٣)، ولو اختلفا، فقال الزامن: رهننت هذا الثوب بعشرة، وقال المرتهن: لا بل هذا، فأقاما البيته فالبيته بينة المرتهن؛ لأنه أقام الحجة على تعلق حقه بمحل آخر، والزامن ينكر، ولو قال الزامن: هلك في يدك، وقال المرتهن: رددته عليك وهلك في يدك، فالقول: قول الزامن مع يمينه؛ لأن المرتهن

(١) في «ج» و«د»: كان تسعة ساقطة. (٢) في «ج» بينهما. (٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج» و«د»: تعلق. (٥) في «ج»: في الزيادة: ساقطة.

(٦) في «ج» و«د»: المرتهن، وفي «أ»: الزامن، والمثبت الأول. (٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(٩) في «ج»: على أن. ساقطة، وفي «د»: على: ساقطة.

(١٠) في «د»: واختلفا: ساقطة، وهي في «أ» و«ج».

(١١) في «د»: وكذلك لو كانا ثوبين. . . قول المرتهن: ساقطة، وهي في «أ».

(١٢) في «ج»: وكذلك لو كانا ثوبين. . . المرتهن: ساقطة.

(١٣) في «ج»: كما في البيع: ساقطة، وهي في «أ» و«ج».

يدعي البراءة بالزهد عليه بعدما دخل في صمائه، والزاهن ينكر البراءة والبيئة أبصاً بيئة [الزاهن] (١)؛ لأنه أقام الحجة على إيفاء الذين حقيقة والمرتهن يفيء، ولو قال: المرتهن هلك في يدي الزاهن قبل أن أقبضه، فالقول: قول المرتهن والبيئة بيئة الزاهن؛ لأنه يدعي الإيفاء، ولو قال المرتهن: رهننتي هذين وقبضتهما، وقال الزاهن: رهننت أحدهما، فالقول: قول الزاهن، والبيئة بيئة المرتهن. وقد مر.

ولو كان الزهن عبداً فاعور، فقال الزاهن: كانت القيمة يوم الزهن ألعاً فذهب بالاعور خمسمائة، وقال المرتهن: كانت قيمته يوم الزهن خمسمائة وزادت بعد ذلك، فالقول: قول الزاهن؛ لأن دلالة الحال تشهد له؛ لأن العبد لما كان يساوي ألعاً في الحال فالظاهر أنه يساوي يوم الزهن كذلك، والبيئة بيئة [أيضاً] (٢)؛ لأنه يثبت (٣) زيادة الضمان، ولو كان عبداً في يدي رجل يدعي لنفسه، فأقام رجل البيئة أنه عبده رهنه عند (٤) فلان، وهو غائب قضى به للمدعي، ويؤخذ منه ويوضع على يدي عدل حتى يحضر الغائب ذو اليد. أما القضاء للمدعي على ذي اليد (٥) انتصب خصماً للمدعي؛ لأن المدعي ادعى الملك لنفسه، وأما الوضع على يدي عدل، فرق بين هذا وبينما إذا أقر بالملك للغائب (٦) فإنه لا يستزج من يده ما لم يحضر المقر له، وإذا أقر بالزهن للغائب يؤخذ من يده، والفرق: أنه متى أقر بالزهن للغائب فقد أقر أنه ليس له حق الإمساك؛ لأن الزاهن لا يصلح ممسكاً للرهن بطريق النيابة عن المرتهن فإذا زعم أنه ليس له حق الإمساك نزع من يده، فأما الإقرار بالملك لا يكون إقراراً بأنه ليس [له] (٧) حق الإمساك؛ لأنه يصلح ممسكاً لحق (٨) الغير بحكم النيابة عنه.

ولو ادعى الزاهن أنه باعه من المرتهن وادعى المرتهن أنه وهبه وأقام كل واحد منهما بيئة قضى بالبيع؛ لأنه تعذر القضاء بالبيئتين؛ لأن المرء لا يبيع بعدما وهب ولا يهب بعدما باع، فكان القضاء بيئة البيع أولى؛ لأن بيئة البيع أكثر إثباتاً؛ لأنه يثبت ضمان الثمن.

ولو ادعى الزاهن الرهن والمرتهن الهبة وأقاما البيئة قضى بالهبة؛ لأن القضاء بالبيئتين ممكن بأن يجعل كأنه رهن ثم وهب فإن الرجل قد يهب بعدما يرهن فأمكن القضاء بالبيئتين فيقضي بهما، ولو كان الزهن في يدي الزاهن فأقام المرتهن بيئة على الزهن والقبض وأقام آخر بيئة على الصدقة والقبض قضى بالزهن، وهذا استحسان، والقياس: أن تكون الصدقة أولى، والمسألة معروفة.

وأما فيما للآب أن يرهن مال ولده يدينه وفيما للوصي أن يرهن مال البتيم الخ:

للاب أن يرهن مال ولده يدين عليه؛ لأن للآب أن يبيع ماله لحاجته؛ فلأن يكون له

- | | |
|-------------------------|--------------------------------------|
| (١) في «أ» و«ج»: ساقطة. | (٥) في «ج» و«د»: على ذي اليد: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٦) في «ج» و«د»: للغائب. |
| (٣) في «ج»: لأنها تثبت. | (٧) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: مه. | (٨) في «ج» و«د»: الملك. |

ولاية الرهن كان أولى، فإن كان قيمة الرهن أكثر من الدين فهلك الرهن يضمن للاب بقدر الدين لا ما زاد عليه بخلاف الوصي فإنه يضمن بقدر القيمة. والفرق: أن للاب أن يتسع^(١) بمال الابن^(٢) بخلاف الوصي^(٣).

ولو رهن الوصي أباه أو ابنه أو مكاتبه أو عبده الناجر [وعليه دين]^(٤) جاز في قولهم؛ لأنه لو باع من هؤلاء بمثل القيمة جاز في قولهم؛ لأنه وكيل^(٥) عام الولاية في مال اليتيم بمنزلة المضارب، والمضارب لو باع من هؤلاء جاز في قوله^(٦)؛ لأنه وكيل عام، إنما الخلاف في الوكيل الخاص.

ولو استدان الوصي على نفسه ورهن^(٧) عبداً ليتيم أو متاعه في دين نفسه جاز وهو ضامن له.

أما الحواز: لأن الرهن يتضمن ثلاثة أشياء كل ذلك يملكها الوصي: أحدها: بمعنى البيع فإن الدين المرتهن يسقط بتملكه خلاف جنس الحق، وهذا إنما يكون بالبيع.

والثاني: معنى الإبقاء حكماً.

والثالث: معنى التبرع؛ لأن الراهن بما يثبت للمرتهن من البذل ليس يستوجب شيئاً بإذائه، وكل ذلك يملكه. أما الأول: فلا لأنه يملك البيع.

وأما الثاني: فلا لأنه يملك إبقاء دينه من ماله حكماً بالبيع من مديونه حكماً للمقاصة كما في الوكيل بالبيع.

وأما الثالث: فلا لأنه يملك التبرع في ضمان المعاوضة^(٨) فإنه لو كاتب عبداً ليتيم يجوز والكتابة تبرع من [حيث]^(٩) إنها عقدت للعتق في الثاني والعتق تبرع، وأما الضمان، فلا لأنه قضى دينه بماله فصار مستهلكاً ماله.

وأما فيما يصح تعليق الرهن بالشرط فيما لا يصح:

رجل رهن شيئاً، فقال المرتهن للراهن. أخذته رهناً على أنه لو ضاع [يفضي]^(١٠) بغير شيء، فقال الراهن: نعم، فالرهن جائز والشرط باطل ويهلك بالدين إن هلك؛ لأن حكم الرهن لا يتغير بتغيرهما.

رجل رهن عبداً بألف درهم قيمته ألفا درهم على أن المرتهن ضامن لما فضل أو شرط المرتهن إن مات العبد لا يبطل [الدين]^(١١) والرهن ثابت فهذا الشرط باطل؛ لأنه يعبر

(٧) في «ج»: دين.
(٨) في «ج»: مقاصة.
(٩) في «أ»: ساقطة.
(١٠) في «أ» و«د»: ساقطة.
(١١) في «أ»: مطبوعة وهي في «ج» و«د».

(١) في «ج» و«د»: بيع.
(٢) في «ج» و«د»: اليتيم.
(٣) في «ج»: بخلاف الوصي: ساقطة.
(٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د».
(٥) في «ج» و«د»: ساقطة.
(٦) في «ج»: قولهم، وفي «د»: ساقطة.

مقتضى العقد، إلا أن الرهن لا يبطل بالشروط الفاسدة.

ولو باعه متاعاً إلى أجل على أن يعطيه رهناً بالثمن لم يجبر المشتري على دفع الرهن، لأن وعد الرهن لا يكون أقوى من حقيقة الرهن، ولو عقد^(١) الرهن لا يجبر على التسليم، فإذا وعد أولى والبائع^(٢) بالخيار في استرداد المبيع؛ لأنه إنما رضي بشمن موثق بالرهن فإذا فلت هذا الوصف يثبت له الخيار. وإن كن المبيع قد استهلك أخذ ثمنه حالاً إلا أن يعطيه الرهن، لأنه إن تعدد الفسخ لم يتعدر إيفاء الثمن حالاً فيطالبه به أو يعطيه الرهن.

وأما فيما يجعل رهناً مكان الرهن الأول:

ولو أخذ المرتهن رهناً آخر ليرة الأول فلم يرده حتى هلك [فهو]^(٣) في الآخر أمين؛ لأنه جعل الآخر مكان الأول ولا يكون مكانه حتى يفرغ مكان الأول وإنما يفرغ مكانه^(٤) بالرد، وكذلك لو هلك^(٥) الآخر قبل أن يرد الأول؛ لأنه جعل الآخر رهناً مكان الأول. وكذلك لو تشارك الرهن فلم يرد حتى هلك بطل دينه؛ لأن الرهن لا يصح، إلا بالرد كما لا يتم إلا بالقبض، ولو بدا للمرتهن أن يمسكه بعد ما تشارك [كان]^(٦) له ذلك، وليس للرهن أن يأخذه؛ لأن الرهن باق بعد، ولو كان المرتهن اثنين، فقال أحدهما: أرد نصيبي لم يكن له ذلك^(٧) ما لم يتفقا على الرد كيلا يتضرر^(٨) شريكه.

إذا رهن عبداً يساري ألفاً فحاه بجارية وقال: خذ هذه مكان الأول ورده إلي العبد فهو جائز؛ لأن الثاني يقبل الرهن كالأول ولا يسقط ضمان الأول حتى يرده؛ لأن القبض المضمون قد بقي والثاني أمانة في يده حتى يرد الأول؛ لأن الثاني لم يقم مقام الأول بعد، وإذا فعل ذلك صارت الجارية مضمونة لقيامها مقام الأول، فإن كانت قيمة الأول خمسمائة وقيمة الثاني ألف والذين كذلك فهلك يهلك بالألف؛ لأن الثاني جعل أصلاً في الرهن فيكون مضموناً بقدر قيمته. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

رجل وكل رجلاً بشيء يرهنه فأعطاه عشرة دراهم وأمسكه عند نفسه، وقال: رهنته فهلك، ثم قال: لم أرهنه، هذه المسألة على ثلاثة أوجه:

إما أن لم يصدقه الموكل في الكلام الأول وفي الكلام الثاني بأن قال له: إنك أقررت أول مرة بالرهن، فإذا قلت بعد ذلك: لم أرهن صرت مناقضاً والمناقض لا قول له، أو

- | | |
|---|--------------------------|
| (١) في رد: غير موجودة وهي في «أ» و «ج». | (٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «أ» و «د»: والتابع، والصواب المثلث أعلاه كما في «ج» و «د». (٦) | في «أ» و «د»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج» و «د»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و «د»: ساقطة. | (٨) في «ج»: يتصور. |

صدقه^(١) فيهما، أو صدقه في الأول وكذبه في الثاني.

وفي الوجه الأول: ضمن المرتهن قيمته ويضمن الأمر له العشرة التي دفعها إليه؛ لأن هذا أمر ححد الأمانة؛ لأنه ثبت جحد كالأقاربين فإنه حين أقر أنه رهن فقد أقر أنه لم يكن في يده؛ لأن الزهن لا يتم من غير تسليم، فإذا قال: لم أرهن^(٢)، فقد قال: كان في يدي، فصار قائلاً: ليس عندي ثم^(٣) صار قائلاً: كان عندي. وهذا هو معنى الجحد كما لو قال المودع: لم تودعني ثم قال: أودعني والأمين يضمن بالجحد.

وفي الوجه الثاني: يرجع الوكيل على الموكل بعشرة فيهلك الزهن عند الوكيل أمانة؛ لأن الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة، ولو عاينا أنه أقرضه عشرة ولم يرهن الزهن عند غيره ولكن أمسكه حتى هلك الزهن عنده يهلك أمانة؛ لأنه أمين والأمين لا يضمن ترك الإمساك وإنما يضمن بالخلاف.

وفي الوجه الثالث: لا يرجع الوكيل على الأمر بالعشرة ولا يضمن الوكيل للموكل شيئاً؛ لأن الوكيل أقر أولاً أنه رهن، فإذا قال: لم أرهن، فكأنه قال: كذبت فيما أقررت به وأنكر المقر له ذلك فيكون القول: قوله، فيثبت الزهن وقد هلك الزهن، فصار الأمر موفقاً^(٤) العشرة^(٥) لكن مع يمين الأمر بالله تعالى ما تعلم أنه لم يرهن. قيل: هذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. أما على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يستحلف.

فرعا المسألة ذكرهما في كتاب الإقرار. إذا قال الآخر: هذه الذار لك^(٦) ثم قال: ليست لك وكنت كاذباً فيما أقررت هل يحلف المقر له على العلم بالله تعالى ما تعلم أنه كاذب؟ فهو على هذا الخلاف، ومنهم من قال: المذكور قول الكل بخلاف تلك المسألة، وهو الصحيح. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) في وجه واحد: بدون أو، وفي «أ»: إن، والمثبت الأول.

(٢) في وجه واحد: أرض.

(٣) في «أ»: ساقطة. وفي وجه واحد: لو.

(٤) في وجه واحد: ساقطة.

(٥) في وجه واحد: مؤقتاً.

(٦) في «أ»: ساقطة.

كتاب المضاربة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه : هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول : فيما تجوز المضاربة وفيما لا تجوز، وفيما يصلح رأس مال [المضاربة]^(١) وفيما لا يصلح، وفيما يجوز تصرف المضارب في مال المضاربة، وفيما لا يجوز.

الفصل الثاني : فيما يضمن المضارب بالتصرف في مال المضاربة، وفيما لا يضمن، والحيلة في وجوب ضمان المضارب^(٢) في مال المضاربة، وفي اختلاف المضارب مع رب المال في مال المضاربة، وفي الشروط التي تفسد المضاربة وفيما لا تفسد، وفيما يقع الربح بين رب المال والمضارب وفيما لا يقع، وفيما يصح نهي رب المال للمضارب وفيما لا يصح.

الفصل الثالث : فيما هو معنى المضاربة، وفيما للمضارب أن ينفق على نفسه من مال المضاربة وفيما ليس له أن ينفق، وفيما يصح فسخ المضارب عقد المضاربة وفيما لا يصح، وفيما يقع فسخاً وفيما لا يقع، وفيما تبطل المضاربة وفيما لا تبطل، وفي كيفية القسمة بين المضارب ورب المال، وفي جوازها، وغيرها، وفيما للمضارب الاستدانة في مال المضاربة وفيما ليس له ذلك.

الفصل الرابع : في المسائل المتفرقة.

(٢) في «د» : المضاربة

(١) في «أ» : ساقطة.

الفصل الأول

فيما تجوز المضاربة وفيما لا تجوز إلى آخره

شروط جواز المضاربة خمس:

إحداها: أن يكون رأس المال معلوماً إما^(١) بالإشارة أو بالتسمية عند العقد.

والثانية: أن يكون رأس المال عيناً لا ديناً.

والثالثة: أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب فلهذا قالوا: لو شرط رب المال أن يعمل مع المضارب، لا تجوز المضاربة؛ لأنه لم يوجد تسليم رأس المال.

والرابعة: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوماً على وجه لا تنقطع الشركة في الربح بأن كان المشروط له نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً. فأما إذا [كان]^(٢) شرط مع الثلث زيادة عشرة دراهم كانت المضاربة فاسدة؛ لأن اشتراط عشرة دراهم مع الثلث قد يؤدي إلى قطع الشركة؛ لأنه [عسى لا يربح إلا]^(٣) عشرة.

والخامسة: أن يكون رأس المال ثمناً دراهم أو دنانير حتى لا تجوز المضاربة بما سواهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: تحوز بما سواهما بالفلوس^(٤) الزائجة ولا تجوز بما سوى ذلك عرضاً كان أو تبراً أو مكبلاً أو مرزوناً.

ولو شرط للمضارب شيئاً معلوماً لا يجوز لما ذكرنا أن شرط جواز المضاربة: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوماً على وجه لا يقطع الشركة [إلى الربح وهذا الشرط لا يقطع الشركة]^(٥) في الربح بأن لا يوجد^(٦) إلا قدر ما شرط للمضارب، وفيما تجوز المضاربة له أجر مثل عمله؛ لأنه لم^(٧) يعمل له مجاناً بل ابتغى لعمله عوضاً فإذا لم يستحق المشروط كان له قيمة عمله والربح كان^(٨) لرب المال؛ لأن البدل في العقود الفاسدة مما لا يستحقه المشروط له كما في البيع الفاسد، وإنما يستحق قيمة المعقود عليه وكذلك لو لم يربح كان له أجر مثل عمله؛ لأن المضاربة متى^(٩) فسدت صارت^(١٠) إجارة. والأخير في

- | | |
|--|--|
| (١) في «أ»: إلا، وفي «ج»: إما، وقد أثبتنا الأخير لصوابه. | (٦) في «ج»: و«د»: بوجد، وفي «أ»: لا يربح، وأثبتنا الأول. |
| (٢) في «أ»: و«د»: ساقطة. | (٧) في «ج»: لم. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: كله. |
| (٤) في «ج»: من الفلوس. | (٩) في «ج»: إذا. |
| (٥) في «أ»: إلى: ساقطة. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |

الإحارة العائدة متى عمل يستحق أجر المثل حصل الرّبح من عمله أو لم يحصل، ولم يملك مال المضاربة في المضاربة الفاسدة لا ضمان على المضارب في قولهم وهو الصحيح؛ لأنّ المضاربة الفاسدة وإن كانت إجارة معني من حيث أنّه ابتغى لعمله عوماً فهو^(١) مضاربة لفظاً فعلنا بالمعنى في إيجاب أجر المثل وعملنا باللفظ في حق جعل العيب أمانة في يده ليكون عملاً بهما جميعاً والمضاربة أولها^(٢) أمانة فإذا اشترى بها كانت وكالة فإذا ربح منها^(٣) صارت شركة فإذا فسدت صارت إجارة، فإذا خالف صارت غصباً

ولو قال: ما رزق الله تعالى [من ذلك]^(٤) فهو بيننا [مضاربة]^(٥) فهي^(٦) مضاربة جائزة وكان له نصفه وإن [كان]^(٧) لم يسمّ مضاربة؛ لأنّ قوله: ما رزق الله تعالى: عبارة عما يحصل من الرّبح، والرّبح لا يكون إلا بالتصرف فصار كأنه قال: خذها واعمل بها على أن الرّبح بيننا ولو نص على هذا كان مضاربة بالنّصف^(٨)؛ لأنّ كلمة بين في اللّغة كلمة تنصيب وتشريك، ولو قال: خذ هذه الألف واشتر بها ثوباً هروياً بالنّصف [أو رقيقاً بالنّصف]^(٩) فهو فاسد؛ لأنّه لم يذكر المضاربة لفظاً ولا معنى. وأمّا لفظاً: فظاهر، وأمّا معنى: فلأنّ معنى المضاربة السّبع والشّراء وأن يكون للمضارب نصيباً معلوماً من الرّبح ولم يذكر نصيباً من الرّبح فإثنا قال: بالنّصف، ولم يقل بالنّصف من الرّبح ومن رأس المال وليس هنا عرف يعني: الرّبح.

ولو قال: خذ على مثل ما شرط فلان إن علما جاز وإن علم أحدهما دون الآخر: لم يجز. أمّا إذا علما؛ فلأنّهما عبّرا عن قدر الرّبح بكناية معلومة. وأمّا إذا علم أحدهما دون الآخر. فرق بين هنا وبينما إذا اشترى نصيب رجل من دار والباقي لا يعلم نصيبه والمشتري يعلم حيث^(١٠) جاز بالإجماع. والفرق: أنّ في المسألة البيع وجهالة البائع بمقدار نصيب المبيع لم توجب^(١١) جهالة المقصود [فإن المقصود من السّبع]^(١٢) للبائع الثمن والمشتري المبيع. أمّا هنا المضارب وإن كان بائعاً للعمل لكن هذه الجهالة أوجبت جهالة في مقصوده من العقد وهو الرّبح فأوجبت فساد العقد ولو شرط أن يعمل المضارب مع عبد رب المال فهو جائز بأن دفع على أنّ ما رزق الله تعالى فنصفه لرب المال والنّصف للمضارب والعبد^(١٣)؛ لأنّ رب المال لو دفع المال [مضاربة]^(١٤) إلى عبده وحده جازت سواء كان على العبد دين أو لم يكن فإذا دفع إليه وإلى أجنبي أولى أن يجوز، ولو دفع الأب مال ابنه وهو صغير على أن يعمل الأب مع المضارب فهو جائز؛ لأنّ الأب لو دفع

- | | |
|--------------------|---------------------|
| (١) في «ج»: فهي | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: فيها. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج»: يوحد. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |

مال ابنه الصغير إلى نفسه مضاربة جاز؛ لأن الأب يلي العقد من الجانبين، في مال الصغير وإن لم يكن للصغير فيه^(١) نفع ظاهر؛ فلأن يبي المضاربة وفي المضاربة نفع ظاهر كان أولى وإذا دفع إلى أجنبي وإلى نفسه كان أحق [وأولى]^(٢).

ولو قال على أن يعمل الابن معه وهو ابن عشرة: لم يجز؛ لأن اشتراط عمل الابن مع المضارب [كان]^(٣) كاشتراط رب المال عمله مع المضارب وإذا يمنع صحة المضاربة؛ لأنه يعدم التولية فكذا [ها] هنا.

والوصي مثل الأب في ذلك؛ لأن الوصي لو دفع مال الصغير إلى نفسه مضاربة جاز فكذا إذا دفع إلى نفسه وإلى أجنبي ولو دفع المضارب مال المضاربة إلى رب المال يشتري ويبيع جاز وهو على المضاربة؛ لأن رب المال عمل في مال المضاربة بإذن المضارب فصار عمله مقولاً إلى المضارب كما لو استعان المضارب بأجنبي فصار كأن المضارب عمل بنفسه، ولو عمل بنفسه^(٤) بقيت المضاربة على حالها كذا [ها] هنا.

ولو أخذ رب المال بغير أمره فاشتري بالمال فقد استرد المضاربة؛ لأن رب المال متى عمل بغير إذن المضارب لا يمكن أن يجعل معيناً للمضارب لفقد الاستعانة فكان عاملاً لنفسه ومن ضرورة كونه عاملاً لنفسه انتقاض المضاربة، هذا إذا كان مال المضاربة^(٥) ناضباً وإن كان مال المضاربة عمداً فباعه رب المال بغير أمره جاز وهو على المضاربة؛ لأن تصرف رب المال في المضاربة لنفسه نقض للمضاربة مقتضى وقوع التصرف له فيعتبر النقص الثابت اقتضاء بالنقص الثابت نصاً ولو نقض رب المال المضاربة نصاً ومال المضاربة عروض يوقف النقص إلى أن يصير مال المضاربة ناضباً فكذا [ها] هنا، ولو لم تنتقض المضاربة للحال نفذ بيعه على المضاربة، وإن شترى عبداً بثمنه كان العبد له وقد استرد المضاربة؛ لأنه حين اشترى بثمنه عبداً اشترى^(٦) والمضاربة منتقضة^(٧)؛ لأنه صار رأس المال ناضباً فيكون الشراء له لا على المضاربة، ولو دفع العبد للتاجر^(٨) مالاً مضاربة على أن يعمل مولاه مع المضارب وعليه دين: جازت. وكذلك المكاتب؛ لأنهما لو دوما المال مضاربة إلى المولى وحده: جاز، فكذا إذا دفعها^(٩) إليه وإلى أجنبي.

ولو كان العبد لا دين عليه^(١٠) لم تجز المضاربة؛ لأنه لو صحح إنما يصح من حيث إن رأس المال كسب العبد المأذون وللعبد المأذون أن يتصرف في كسبه وإن لم يكن عليه دين وبعد ما دفع رأس المال إلى المولى لا يبقى كسب العبد كما لو انتزع المولى كسبه من يده

(١) في دج: ساقطة. (٢) في دأ: ساقطة. (٣) في دأ: ساقطة.
 (٤) في دج: ولو عمل بنفسه: ساقطة. (٥) في دج: هذا... المضاربة: ساقطة.
 (٦) في دأ: لأنه لم يعمل له مجاناً... لأنه حين اشترى بثمنه عبداً اشترى: ساقطة، وهي بتمامها هي دأ ودج.
 (٧) في دج: تنقصه. (٨) في دج: المتأخر.
 (٩) في دج: ودع: دفعا. (١٠) في دج: ساقطة.

فإنه لا يبقى كسب العبد حتى لو لحقه دين بعد ذلك لا يقضي الذين منه .

ولو أخذ المضارب بالتصّف ثم دفع إلى رب المال بالثلث فهما على المضاربة الأولى وهو ^(١) بضاعة في يده وكذلك المرارعة . أمّا فساد المضاربة الثانية ؛ فلأنّ المالك لا يصلح أن يكون ^(٢) مضارباً في ماله وأما كون المال بضاعة في يده ؛ فلأنّ في المضاربة بضاعة ، وزيادة فمتى لم يمكن تصحيحها ^(٣) مضاربة بقيت بضاعة ورب المال يصلح مستبضعاً في مال المضاربة ويكون الربح بينهما على ما اشترطا في المضاربة الأولى .

ولو دفع إلى رجل مضاربة بالتصّف على أن يعمل معه عبد رب المال كلّ شهر بعشرة فعمل لا أجر له ^(٤) والمضاربة جائزة . أمّا لا أجر له ؛ لأنّ ما شرط من الأجر للعبد إذا لم يكن عليه دين كالمشروط لرب المال .

ولو شرط رب المال لنفسه أجراً على المضاربة مع الربح لم يصح ؛ لأنّه شريك في المال فكذا إذا شرط للعبد [المأذون] ^(٥) ، وأما المضاربة جائزة ، لأنّ المضاربة مما لا تطلبها الشروط الفاسدة .

ولو استأجر أجيراً يبيع له ويشتري كلّ شهر بعشرة دراهم ثم دفع إليه مالاً مضاربة بالتصّف فعمل به لم يكن له ربح في قول أبي يوسف وقال محمد : له نصف الربح ولا أجر له ما دام يعمل بالمضاربة وإن عمل في مال آخر غير مال المضاربة لرب المال استوجب الأجر . محمد رحمه الله تعالى يقول : المعقود عليه في الإجارة تسليم النفس في المدة لا حقيقة العمل والمعقود عليه في المضاربة حقيقة العمل لا تسليم النفس . واختلف المعقود عليه وأمكن الجمع بينهما فأنعقد العقدان جميعاً فإن عمل في مال المضاربة لم يسلم نفسه في العمل الذي استوجبه عليه رب المال فلا ^(٦) يستوجب الأجر وإن عمل في مال آخر لرب المال سلم نفسه ^(٧) فاستوجب الأجر . أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول : إن محل العقدین واحد وهو العمل ؛ لأنّ المعقود عليه في الإجارة العمل إلا أن تسليم النفس في مدة الإجارة أقيم مقام العمل حتى لو استأجر من لا يقدر على العمل في مدة معلومة لا تصح وكذا المعقود عليه في المضاربة العمل ^(٨) أيضاً فكان محل العقدین واحداً والمستحقّ للعقدين واحد فلا يمكن إثبات العقدین ^(٩) ؛ لأنّه متى عمل للمضاربة والعمل بحكم الإجارة مستحق يقع من الوجه المستحق فلا تقع المضاربة فثبت أحد العقدین وانتفى الآخر والإجارة ثالثة بالإجماع حتى إذا عمل في مال آخر لرب المال غير مال المضاربة استوجب الأجر فتنفي المضاربة ضرورة .

(١) في نسخة : وهي .
(٢) في نسخة : أن تكون : ساقطة .
(٣) في نسخة : تصحيحهما .
(٤) في نسخة : ساقطة .
(٥) في نسخة : ساقطة .
(٦) في نسخة : ولم .
(٧) في نسخة : ساقطة .
(٨) في نسخة : العقد .
(٩) في نسخة : ساقطة .

وأما فيما يصلح رأس مال المضاربة، وفيما لا يصلح:

فقد ذكرنا أنه لا يحوز المضاربة [إلا] ^(١) بالأثمان حتى لا تجوز بالعروض والمكيل والمورون إلا بالذرههم والذنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأن تقدير المضاربة فيما يتعين بالتعيين [مأن] ^(٢) كان رب المال قال: مع هذا العين ليكون بعض ثمنه لك، ولو قال: بعه ليكون كل الثمن لك ^(٣) كان باطلاً؛ لأنه وهب ^(٤) منه معدوماً، وكذلك إذا قال: بعه ليكون بعض ثمنه ^(٥) لك بخلاف الذرههم والذنانير وما لا يتعين بالتعيين [لأن تقدير المضاربة عليها] ^(٦) كأن رب المال قال للمضارب: اشتر بهذه الذرههم والذنانير شيئاً ليكون بعض المشتري لك، ولو قال: اشتر بها شيئاً ^(٧) ليكون جميع المشتري لك كاد حائزاً؛ فكذا إذا قال: اشتر بها ^(٨) ليكون البعض لك ^(٩) اعتباراً للبعض بالكل. أما المضاربة بالفلوس الزائجة: لا تجوز مع قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقال ومحمد رحمه الله تعالى: تجوز. محمد رحمه الله تعالى يقول: الفلوس الزائجة ثمن من كل وجه؛ لأن الثمن [ما] ^(١٠) لا يتعين بالتعيين كالذرههم والذنانير والفلوس لا تتعين [بالتعيين] ^(١١). هما رحمهما الله تعالى يقولان: القياس: يأبى جواز المضاربة؛ لأن المضاربة ليست إلا استئجار المضارب ليعمل ^(١٢) لرب المال ببعض ما يخرج من عمله ولهذا إذا فسدت المضاربة كان للمضارب أجر المثل، فالمشروط من الأجرة بعض ما يخرج من عمله ^(١٣) وأنه مجهول ومعدوم للحال؛ لأنه ليس بعين ^(١٤) مشار إليه ولا بواجب في الذمة. والقياس: يأبى ^(١٥) جواز الإجارة وإن عقدت بأجر معلوم موجود للحال فإذا كان الأجر مجهولاً معدوماً أولى أن لا يجوز؛ ولأن المضاربة بمعنى قفيز الطحان، والنبي ﷺ: «نَهَى عَنْ قَفِيزِ الطَّحَّانِ» ^(١٦) إلا أننا عرفنا جوارها، فيما إذا كان رأس مالها ثماً من كل وجه كالذرههم والذنانير فإنهما ثمنان من كل وجه، فإن الثمن ما يقوم به العن ويقوم به نفسه والذرههم والذنانير ^(١٧) مما يقوم بهما أنفسهما ويقوم بهما غيرهما. وأما الفلوس الزائجة إن صلحت قيمة نفسها لا تصلح قيمة غيرها، فإن المتلفات قط لا تقوم إلا ^(١٨) بالفلوس الزائجة فالتصص الوارد بخلاف القياس بتجوز المضاربة بالذرههم والذنانير لا يكون وارداً في الفلوس فردت المضاربة بالفلوس وغيرها إلى ما لا يقتضيه القياس، والقياس: يأبى جوازها.

- | | |
|-------------------------|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ذهب. | (١٣) في «د»: ولهذا نسكت. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٤) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٦) سبق تخريجه. |
| (٨) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١٧) في «ج»: فإنهما ثمنان. . . والذنانير: ساقطة. |
| (٩) في «ج»: ساقطة. | (١٨) في «ج»: ساقطة. |

وأما فيما يجوز تصرف المضارب في مال المضاربة وفيما لا يجوز:

ولو اشترى المضارب شيئاً فباعه من رب المال أو رب المال باع من المضارب فهو جائز؛ وكذلك إذا دفع المضارب إلى رب المال شيئاً من مال المضاربة فأمره ليشتري به شيئاً: جاز، وكذلك العبد المأذون إذا كانت رقبته مستغرقة بالذين ملك^(١) البيع من المولى ويبيع المولى منه.

وكذلك المكاتب؛ لأن لهؤلاء ولاية التصرف في المال وليس للمالك ولاية التصرف فكان البيع لهم والشراء^(٢) منهم مفيداً فينقذ، وليس للمضارب أن يخلط مال المضاربة بماله آخر إلا أن يقول له: اعمل فيه^(٣) رأيك؛ لأن الخلط فوق ما فوض إليه وهو^(٤) المضاربة؛ لأنها لإثبات الشركة في الزبح الذي هو فرع والخلط إثبات الشركة في رأس المال الذي هو أصل، والمضارب لا يملك مباشرة مثل ما فوض إليه وهو المضاربة، فلأن لا يملك ما فوض كان أولى إلا إذا^(٥) قال له: اعمل برأيك؛ لأن هذا مما يعمل برأيه فيكون دخلاً تحت الإذن وله أن يستأجر ويبضع ويودع. أما الاستئجار؛ فلأن الاستئجار^(٦) تجارة وقد أمره بالتجارة مطلقاً، وأما الإبضاع والإيداع؛ فلأن الإبضاع تركيل به بالبيع والشراء والإيداع من العير والمضارب يملك أن يركل غيره بالبيع والشراء^(٧) ويودع من غيره وإن كان لا يملك^(٨) الوكيل [المفرد]^(٩) بالبيع والشراء؛ لأن هذا الوكيل أمره بالبيع والشراء والحفظ يحصل الزبح، والزبح إنما يحصل من كل وجه إذ ملك مباشرة البيع والشراء والحفظ بنفسه والتفويض إلى غيره، وله أن يسافر به، إلا أن يقول [له]^(١٠) على أن تعمل بالكوفة.

أما الأول: فلأن المودع يملك أن يسافر بالوديعة إذا أمر بالحفظ مطلقاً، وليس في الوديعة ما ينبيء^(١١) عن السفر فلأن يملك^(١٢) المضارب وفي المضاربة ما ينبيء^(١٣) عن السفر كان أولى وأما الثاني؛ فلأن رب المال شرط عليه شرطاً له فيه فائدة فصح ووجب على المضارب مراعاته والوفاء به. فإن أخرجه من الكوفة صار ضامناً؛ لأنه خالف، ولو أعاده^(١٤) إلى الكوفة قبل أن يشتري به خرج عن الضمان وعاد مضاربة^(١٥)؛ لأنه مخالف عاد إلى الوفاق فيبصر عن الضمان كالمودع.

ولو قال له: على أن العمل في سوق الكوفة، كان له أن يعمل بالكوفة في غير السوق استحساناً؛ لأن سوق الكوفة يذكر عرفاً ويراد بها الكوفة كلها. يقال: هذا الشيء يوجد في

- | | |
|---|------------------------------|
| (١) في جهة واحدة. يملك. | (٩) في جهة واحدة: يملك. |
| (٢) في جهة واحدة. والمشتري | (١٠) في جهة واحدة: ساقطة. |
| (٣) في جهة واحدة: ساقطة. | (١١) في جهة واحدة: ساقطة. |
| (٤) في جهة واحدة: ساقطة. | (١٢) في جهة واحدة: يملك. |
| (٥) في جهة واحدة: رهي. | (١٣) في جهة واحدة: فلا يملك. |
| (٦) في جهة: إن. | (١٤) في جهة واحدة: يملك. |
| (٧) في جهة: فلان الاستئجار. ساقطة | (١٥) في جهة واحدة: عاد. |
| (٨) في جهة: والإيداع. . . . والشراء. ساقطة. | (١٦) في جهة واحدة: مضارباً. |

سوق الكوفة [أي] ^(١) بوحده في الكوفة ويجوز أن يعبر عن الشيء باسم بعضه إذا كان قوام [ذلك] ^(٢) البعض به . قال الله تعالى : ﴿ فَتَحْرِزُوا رَبَقَةً ﴾ ^(٣) ذكر الرقبة وأراد به الشخص كله . ونظير هذا [ما] ^(٤) إذا قال لامرأته : أنت طالق إن خرجت من باب هذه الدار فخرجت لا من الباب حث بهذا ؛ لأنه أراد الخروج عن الدار . ولو قال : لا تعمل به إلا في السوق أو بيت ولان صمن إن خالفه ؛ لأن ذكر سوق الكوفة جعل ^(٥) عبارة عن الكوفة [عرفاً] ^(٦) ولا عرة لعرف متى ^(٧) جاء النص خلافه . وقد نص [به] ^(٨) في قوله لا تعمل به إلا في السوق أنه لم يرد به غير ^(٩) سوق الكوفة ، ولو قال : خذ بالكوفة مضاربة لم يكن له خلافه ولا يخرج منه من الكوفة ؛ لأن معناه لتعمل بالكوفة ، ولو قال : خذ هذه الألف مضاربة بالنصف لتعمل بالكوفة كان شرطاً فلا يجوز [له] ^(١٠) خلافه ، ولو قال : واعمل به بالكوفة كان له أن يخرج منه ؛ لأن هذا مشورة من رب المال على المضارب وليس بشرط . والفاصل بينهما أنه متى ذكر رب المال عقيب المضاربة كلاماً [لو اعتبر ابتداء لا يصح . ولو] ^(١١) اعتبر متعلقاً بما يقوم يصح ويعتبر متعلقاً ولو ^(١٢) ذكر كلاماً ^(١٣) متى اعتبر ابتداء يصح لا يعتبر متعلقاً فقولنا ^(١٤) : خذ هذه الألف مضاربة لتعمل بها في الكوفة لا يصح ^(١٥) فاعتبر متعلقاً وإذا اعتبر متعلقاً صار بمعنى الشرط . وقوله : واعمل بها يصح الابتداء به فإنه لو سكت على قوله : خذ هذه الألف مضاربة ، ثم قال بعد ذلك بيوم : واعمل بها في الكوفة صح ^(١٦) فكان مشورة . فصار كأنه قال : وإن فعلت كذا فهو أنفع وأحسن .

ولو قال : على أن تشتري من أهل الكوفة كان له أن يشتري بالكوفة من غير الكوفي ، ولو قال : على أن تشتري من فلان لم يكن له خلافه . والفرق : أن في الوجه الأول : هذا الاسم كما يقع على الكوفي يقع على غير الكوفي إذا كان مترطناً بالكوفة وتبعاً لأهلها فصار الكوفي وغير الكوفي ^(١٧) إذا كان في الكوفة داخلياً تحت الأمر . فأما في الوجه الثاني : لا يدخل تحت اسم فلان اسم غيره لا مقصوداً ولا تبعاً فإذا اشترى من غيره صار مخالفاً . ثم فرق بين هذا وبينما إذا وكله بشراء عبد فلان فاشترى ذلك العبد ممن باعه فلان منه جاز . والفرق : وهو أن المقصود من البيع والشراء في المضاربة تحصيل الربح ^(١٨) وربما يكون الشراء من فلان أربح من الشراء من غيره لسهولة فكاك التعيين مفيداً . وأما في الوكيل

- | | |
|-----------------------------------|---|
| (١) في «أ» : ساقطة . | (١٠) في «أ» : ساقطة . |
| (٢) في «أ» : ساقطة . | (١١) في «د» : مس . |
| (٣) سورة المجادلة ، آية : رقم ٣ . | (١٢) في «د» : وإن . |
| (٤) في «أ» : ساقطة . | (١٣) في «أ» : ساقطة . وهي زيادة في «ج» و«د» . |
| (٥) في «ج» : حصل . | (١٤) في «ج» و«د» : فتوله . |
| (٦) في «أ» : ساقطة . | (١٥) في «ج» و«د» : الابتداء به . . . لا يصح : ساقطة . |
| (٧) في «ج» : إذا . | (١٦) في «د» : ساقطة . |
| (٨) في «أ» و«د» : ساقطة . | (١٧) في «ج» : وغير الكوفي : ساقطة . |
| (٩) في «ج» : ساقطة . | (١٨) في «ج» : الزرع . |

المفرد التعيين غير مفيد؛ لأن المقصود تحصيل العبد لا غير حتى لو كان مفيداً بأن وكفى ببيع عبده من فلان فباعه من غيره لم يجز؛ لأن المقصود تحصيل الثمن والناس يتفاوتون فيه فكان مفيداً، وليس للمضارب أن يعزل نصيبه من المضارب حتى لو عزل ما اشترى بأحد المالين وربح أو وضع كان الربح لهما والوضعية عليهما؛ لأن قسمة المضارب لا تصح؛ لأن الواحد لا يكون مقاسماً؛ لأن قسمة المكيل والموزون وإن كان إفراداً وأخذ العين، الحق حكماً في بعض الأحكام فهي مبادلة حقيقية في حق بعض الأحكام وإذالة تصح القسمة صار وجودها وعدمها بمنزلة بقي المال مشتركاً.

ولو دفع ألف درهم إلى رجلين مضاربة وقال لهما: اعملا برأيكما لم يكن لكل واحد منهما أن يفرد بالبيع ولا بالشراء؛ لأنه رضي برأيهما لا برأي أحدهما، ولو عمل أحدهما بغير إذن صاحبه ضمن نصف المال له [أريحه] (١) وعليه وضيعته؛ لأنه فقد نصف رأس مال المضاربة في الشراء لنفسه لا للمضاربة بغير إذن رب المال فصار ضامناً ولو اشترى المضارب من أبيه أو ابنه بأكثر من قيمته ويتغابن الناس في مثله لم يكن على المضاربة في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: على المضاربة؛ لأن الوكيل بالبيع والشراء إذا كان خاصاً وباع من هؤلاء أو اشترى بغير له يجز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على الموكّل وحاز عندهما رحمهما الله تعالى، فكذا على المضارب ولو اشترى المضارب ذا رحم محرم ولا فضل فيه جاز وهو على المضاربة؛ لأنه اشترى ما يملك بيعه؛ لأنه لا ربح فيه ليملك نصيبه من الربح فيعتق عليه، وإن كان فيه (٢) فضل على رأس المال لا يجوز؛ لأنه اشترى ما لا يملك بيعه؛ لأنه إذا كان فيه فضل يكون له من ذلك نصيب فيعتق نصيبه فلا يملك بيعه فظهر أنه صار مشترياً لنفسه وقد نقد الثمن من مال المضاربة فيضمن ولو اشترى ذا رحم محرم من رب المال ضمن ولا (٣) يعتق؛ لأنه اشترى ما لا يملك بيعه فصار مشترياً لنفسه، وقد (٤) نقد الثمن من مال المضاربة فيضمن ولا يعتق العبد (٥).

ولو كان المضارب كافراً ورب المال مسلماً فأرصى جاز على المضاربة لأن المسلم وكل ذمياً بشراء درهمين بدرهم كان التوكيل حائراً عند الكل وإن كان البيع فاسداً؛ لأن التوكيل بالبيع الفاسد حائز، ومتى جاز دخل تحت مطلق المضاربة وتصدق رب المال بحصته؛ لأنه استفاد الربح من عقد فاسد وهو شراء المضارب شراء فاسداً، ولو اشترى الخمر وباع جاز على المضاربة وتصدق بحصته من الربح في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ وقالوا رحمهما الله تعالى: يلزم المضارب خاصة؛ لأن بناء المضاربة على التوكيل وتوكيل المسلم (٦) الذمي بشراء وبيع الخمر جائز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، لكن

(١) في رواية: ساقطة.

(٢) في رواية: ساقطة.

(٣) في رواية: ساقطة.

(٤) في رواية: ساقطة.

(٥) في رواية: ساقطة.

(٦) في رواية: ولم.

يتصدق بشئ فحار أن يدخل تحت المضاربة، ومنى دخل تصدق رب المال بحصنه من الزبح؛ لأنه ثمن الخمر، وعندهما ورحمهما الله تعالى؛ لا يجوز فلم^(١) يدخل تحت المضاربة فإذا اشترى صار مشترياً لنفسه، ولو باع أحد المضاربين شيئاً ما لا يتغابن الناس [فيه]^(٢) فأجاز رب المال لم يحز [فهذا أولى]. فرق بين هذا وبينما إذا باع^(٣)؛ لأن أحد المضاربين لو باع^(٤) شيئاً بما يتغابن الناس فيه، فأجاز المضارب الآخر^(٥) حيث يجوز. لفرق أننا نعتبر الإجازة [بالباع]^(٦) في الموصمين. والمضاربان لو باعا العبد ما لا يتغابن الناس في مثله جاز على المضاربة فكذا إذا باع أحدهما وأجاز الآخر. فأمّا رب المال لو باع مال المضاربة بما يتغابن الناس فيه^(٧) لم يحز فكذا إذا باع أحدهما وأجاز رب المال أيضاً لم يحز. وأمّا إذا باع أحد المضاربين بما لا يتغابن الناس فيه وأجاز المضارب الثاني تكون المسألة على الاختلاف؟ يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى على المضاربة كما لو باعا، ولم يجر عندهما رحمه الله تعالى: على المضاربة كما لو باعا.

ولو اشترى المضارب ثياباً وقصرها بماله فهو متطوع؛ لأنه بالشراء استغرق رأس المال فنصار قصارته [من ماله]^(٨) وشراء شيء آخر من ماله سواء، وذلك لا ينعقد^(٩) على رب المال فكذا هذا، والجامع بينهما أنه لو نفذ صار مستديناً على رب المال ولا ضمان عليه إن ملك^(١٠)، وإن لم يقل له: اعمل فيها برأيك؛ لأنه لم يخلط ماله بمال المضاربة وإنما أزال وسخاً ظاهراً وأظهر بياضاً كامناً.

ولو^(١١) صبغها من ماله فهو ضامن إن لم يقل: اعمل فيها برأيك فإن لم يكن فيه^(١٢) فضل على رأس ماله فرب المال بالخيار إن شاء ضمنه قيمتها^(١٣) غير مصبوغة، وإن شاء أخذها وأعطى^(١٤) ما زاد الصبغ فيها يوم يختصمون؛ لأنه أوجب الشركة لنفسه في مال المضاربة فلا يملك ما لم يقل له: اعمل فيها برأيك ولم يقل فصار غاصباً. وفي الغصب المغصوب منه بالخيار على ما مر في كتاب الغصب فكذا هنا، فإن لم يختص شيئاً من ذلك حتى باعها المضارب جاز بيعه؛ لأن المضارب وكيل بالبيع والوكيل لا ينزل بالغصب حتى لو لس الثوب وباعه جاز، فكذا المضارب، ولو باعها مساومة قسم الثمن على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها؛ لأن الثمن ببيع المساومة يلاقي الملك لا الثمن الأول ومنكهما ثابت في الثياب^(١٥) فتقسم الثمن على قدر قيمة ملكهما فإن باعها مرابحة

- | | |
|---|--|
| (١) في آية: فلا. | (٩) في آية: لا يفيد، وفي آية: لا ينهد. |
| (٢) في آية: ساقطة. | (١٠) في آية: ملك. |
| (٣) في آية: غير موجودة وهي في آية: و آية. | (١١) في آية: وإن. |
| (٤) في آية: لو باع: ساقطة. | (١٢) في آية: و آية: فيها. |
| (٥) في آية: و آية: ساقطة. | (١٣) في آية: قبضها. |
| (٦) في آية: ساقطة. | (١٤) في آية: و آية: وأعطاه. |
| (٧) في آية: في مثله. | (١٥) في آية: في الثوب. |
| (٨) في آية: ساقطة. | |

قسمها على أجر الضباغ وعلى ثمن الثياب التي باعها فما أصاب ما راد وأجر الضباغ فللمضارب وما بقي فهو على المضاربة؛ لأن الثمن في بيع المراجعة مني^(١) على الثمن الأول فيقسم هذا الثمن على الأجرة وعلى الثمن الأول.

ولو أمره أن يعمل فيها برأيه لم يضمن فيملك بيعها؛ لأنه ملك الاشتراك بقوله اعصر فيها برأيك، ولو قال رب المال: اعمل برأيك كان للأول أن يقول للثاني، والثاني للثالث فرق بين هذا وبين الوكيل الخاص إذا قال له الموكل: اعمل فيه برأيك حيث كان له أن يوكل غيره ولكن لم يكن له أن يقول للثاني: اعمل فيه برأيك حتى لم يكن للثاني أن يوكل الثالث واختلف المشايخ، منهم من قال: في المسألتين روايتان: ومنهم من قال: بين المسألتين فرق والفرق وهو أن رب المال لما قال للمضارب: اعمل فيه برأيك فقد فوض إليه الدفع إلى غيره مضاربة والمضارب ما يملك مباشرته بالمضاربة يملك تفويضه إلى غيره. ألا ترى أن المضارب لما ملك بالمضاربة مباشرة البيع والشراء والاستحجار والإبضاع يملك التفويض إلى غيره، حتى لو أمر غيره [أن]^(٢) يوكل أو يضع جاز. فأما الوكيل الخاص ما يملك بالتوكيل مباشرته نفسه لا يملك التفويض إلى غيره. ألا ترى: أن الوكيل المطلق يملك مباشرة البيع والشراء ولا يملك التفويض إلى غيره ولو دفع إلى الأول بالتصريف وقال له: اعمل فيه برأيك فدفعه الأول إلى الثاني مضاربة بالتصريف كان نصف الزبح للثاني ونصفه لرب المال وليس للأول شيء؛ لأن اشتراط التصريف من المضارب الأول انصرف إلى نصيب نفسه خاصة؛ لأنه لو انصرف إلى النصيب^(٣) الشائع^(٤) لا تصح التسمية في نصف هذا التصريف وهو نصيب رب المال، وإن قال له^(٥) رب المال: اعمل فيه برأيك؛ لأن الدأخل تحت هذا القول عمل هو تجارة لا عمل يوجب نقصاناً عما شرط لرب المال.

ولو اشترى المضارب عبداً كل واحد [منهم]^(٦) قيمته ألف درهم ورأس ماله ألف درهم لم يجز عتق المضارب في واحد إلا أن يكون فيه فضل؛ لأن العبيد قبل رؤية القاضي^(٧) الصلاح في الجميع أجناس مختلفة عند الكل ورأس المال متى كان أجناس مختلفة كان كل واحد مشغولاً برأس المال كأنه ليس معه غيره إذا^(٨) لم يكن في قيمته فضل على رأس المال فلم يملك المضارب شيئاً والعتق في غير الملك باطل ويحوز عتق رب المال في ذلك كله؛ لأن كل واحد من العبيد ملك رب المال فقد أعتق ملك نصيبه^(٩) ويضمن نصيب المضارب في الزبح موسراً كان أو معسراً؛ لأن بعد العتق يثبت للمضارب شركة في الزبح؛ لأن رب المال بعد العتق صار مستوفياً ألفي درهم فيكون الألف رأس

- | | |
|-------------------------|------------------------|
| (١) في آية: يتنى. | (٦) في آية: ساقطة. |
| (٢) في آية: حتى. | (٧) في آية: ساقطة. |
| (٣) في آية: التصريف. | (٨) في آية: إن |
| (٤) في آية: التابع. | (٩) في آية: واده نفسه. |
| (٥) في آية: غير موجودة. | |

المال والألف ربحاً فصار رب المال مستهلكاً حصة المضارب من الربح فكان هذا ضمان الاستهلاك وضمن الاستهلاك لا يختلف باليسار والإعسار، ولهذا لا يرجع على العبد.

ولو اشترى [بالألف]^(١) المضاربة جارية قيمتها ألف درهم مولدت ولداً قيمته ألف درهم^(٢) فادعاء المضارب لم تجر دعوته ويضمن العقر، أما عدم صحة الدعوة؛ فلأن الجارية والولد كل واحد منهما مشغول برأس المال فلم يكن للمضارب وقت الدعوة شركة فيها، وأما وجوب العقر، فلأنه تمذر [إيجاب]^(٣) الحد لماله حق مستحق في العين فهو حق التصرف فوجب العقر فإن كان العقر مائة درهم صار له في الجارية خمسون درهماً؛ لأن رب المال لما^(٤) استوفى العقر وهو مائة صار رأس المال تسعمائة فكان: المائة في الجارية فضلاً فيكون [بينهما]^(٥) وتصير الجارية أم ولد المضارب ويضمن نصيب رب^(٦) المال تسعمائة وخمسون درهماً فإذا استوفاه رب المال ظهر أن الولد ربح بينهما فيعتق النصف من الولد وهو نصيب المضارب ويسعى في النصف لرب المال، فإن صارت قيمتها ألفي درهم قبل أن يبيعها فالجارية أم ولد المضارب ويضمن من قيمتها ألفاً وخمسمائة لرب المال؛ لأنه ظهر فيها الفصل فيملك المضارب بيعها فصارت أم ولد له فيضمن نصيب رب المال وهو ألف وخمسمائة موصراً كان أو معسراً؛ لأن ضمان الاستيلاد لا يختلف باليسار والإعسار، وأما الولد: رقيق على حاله لما لم يؤد ما عليه شيئاً من قيمة الأم^(٧) أو من العقر؛ لأنه لا فضل فيه على رأس المال فلا يملك المضارب شيئاً منه [ريمك يبعه]^(٨) فله أن يبيعه^(٩).

ولو ادعى رب المال الولد ولم يدع المضارب صارت^(١٠) أم ولد له وبثت نسيه منه ولا يضمن من العقر شيئاً، وليس للمضارب من قيمة الولد شيء. أما صحة الدعوة وصيرورة الجارية أم ولد له؛ لأن الحارية كلها ملكة فصحت الدعوة. وأما عدم وجوب العقر؛ فلأنه وطئ ملك نفسه على الخلو، وأما لا يفرم شيئاً من قيمة الولد للمضارب؛ فلأنه لما ثبت نسيه منه فقد علق حر الأصل والحر لا يقوم^(١١) على أحد. هذا إذا كانت الجارية^(١٢) تساوي ألفاً أما^(١٣) إذا^(١٤) كانت الجارية تساوي^(١٥) ألفين ضمن رب المال ثمن العقر وربح قيمتها [بالاستيلاد]^(١٦) أما ربح قيمتها؛ فلأن ربح الجارية ملك المضارب فوجب على رب المال ربح العقر إلا أن^(١٧) هذا الربح ربح نصفه لرب المال ونصفه للمضارب فلا

- | | |
|-----------------------------------|---|
| (١) في «هـ»: ساقطة. | (١٠) في «هـ»: ساقطة. |
| (٢) في «جـ» و«د»: ساقطة. | (١١) في «جـ» و«د»: لا يقوم وفي «هـ» لا يفرم، ولعله تصحيف ولداً أثبتنا الأول |
| (٣) في «هـ»: ساقطة. | (١٢) في «جـ»: ساقطة. |
| (٤) في «جـ»: ساقطة. | (١٣) في «جـ»: ساقطة. |
| (٥) في «هـ»: ساقطة. | (١٤) في «جـ»: إن |
| (٦) في «جـ» و«د»: رأس. | (١٥) في «د»: ألفاً ... تساوي ساقطة، وهي في «هـ» و«جـ» أيضاً |
| (٧) في «جـ»: قيمته دون ذكر الأم. | (١٦) في «هـ» و«د»: ساقطة، وهي في «جـ» |
| (٨) في «هـ» و«د»: ساقطة. | (١٧) في «د»: لأن. |
| (٩) في «جـ»: فله أن يبيعه: ساقطة. | |

يغرم لنفسه شيئاً، ويغرم للمضارب نصيبه وهو الثمن.

ولو ادّعى المضارب وقيمتها ألفان ضمن ثلاثة أرباع قيمتها [وثلاثة أثمان المقر. أما ثمة أرباع قيمتها]^(١)؛ لأنه ملك ثلاثة أرباعها على رب المال، وأما ثلاثة أثمان عقرها؛ لأنه عره ثلاثة أرباع المقر^(٢) لكن سقط نصف ذلك وبقي النصف وذلك ثلاثة^(٣) أثمان المقر.

ولو ارتد المضارب والعياذ بالله تعالى، ثم اشترى وباع جاز وعهدته على رب المال في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: على المضاربة، ولو أسلم كان عهدته عليه، وهذا الاختلاف بناء على [أن]^(٤) تصرفات المرتد عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: نافذة، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إن حصل في مال غيره بإذن صاحب المال، فكذلك؛ لأن ملك صاحب المال ليس بموقوف وهنا حصل في مال رب المال فينفذ إلا أن العهدة فيها خلاف، عندهما رحمهما الله تعالى ينفذ عليه، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يتوقف إن أسلم كان عليه، وإن مات [على الرّدة]^(٥) أو لحق بدار الحرب وقضى^(٦) بلحقه كان على رب المال، ولو ارتد رب المال والعياذ بالله تعالى، ثم اشترى ضمن رأس المال في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا رحمهما الله تعالى: هو على المضاربة؛ لأن عقد المضاربة ما دام مال المضاربة ناصباً^(٧) غير لازم من الجانبين فإن لكل واحد منهما ولاية الفسخ؛ وكل عقد شرع في الأصل غير لازم [من الجانبين]^(٨) أعطي لبقائه قبل حصول المقصود به^(٩) حكم الابتداء.

وردة رب المال تمنع صحة ابتداء المضاربة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: متى مات على الرّدة أو قضى القاضي بلحقه بدار الحرب ولا تمنع متى أسلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى^(١٠)، فكذا يرفع القضاء عنده أيضاً على هذا الوجه [أيضاً]^(١١).

ولو ارتد المضارب والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب والمال معه فاشترى وباع هناك ثم عاد مسلماً. كان المال كله له ولا ضمان عليه. أما المال كله له؛ لأنه تصرف بعد انتهاء عقد المضاربة؛ لأن عقد المضاربة مقيدة بدار الإسلام فيصير متصرفاً لنفسه وأما لا ضمان عليه؛ لأنه بالتصرف صار مستهلكاً مال رب المال في دار الحرب والمرتد إذا استهلك مال مسلم في دار الحرب لا يضمن.

ولو قال رب المال للمضارب: شارك به كان له أن يدفع إلى غيره مضاربة؛ لأن المضارب إن^(١٢) شارك به جاز وإذا أثبت الشركة لغيره في رأس المال كان أولى.

- | | |
|--|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: أما ثلاثة... أرباع المقر: ساقطة. | (٩) في «ج»: بها. |
| (٣) في «د»: ساقطة. | (١٠) في «د»: متى مات... عند أبي حنيفة رحمه |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | الله تعالى: غير واردة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: وحكم. | (١٢) في «ج»: ودعه: لو. |
| (٧) في «د»: ماض. | |

ولو اشترى المضارب ببعض المضاربة داراً فيها فصل ثم بيعت الدار إلى جيبها فأراد لمضارب أن يأخذها لنفسه للفصل الذي فيها لم يكن له أن يأخذها إلا على المضاربة إذا كان في يديه مثل ثمنها؛ لأن الشفعة إنما وجدت بسبب دار المضاربة فيجب الأخذ للمضاربة ما أمكن وقد أمكن الأخذ للمضاربة إذا كان في يد المضارب فضل بقي ثمن الدار المبيعة. ولو^(١) أراد رب المال أن يأخذها لنفسه لا يقدر؛ لأن الأخذ للمضاربة ممكن، ولو أراد أن يأخذها لأنفسهما هل لهما ذلك؟ قال الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زاده رحمه الله تعالى: يجب أن يكون لهما ذلك؛ لأن إقدامهما على ذلك نقض منهما للمضاربة، وإن سلم المضارب الشفعة لم يكن لرب المال أن يأخذها؛ لأن المضارب كان وكيل رب المال في أخذ الدار بالشفعة والوكيل يأخذ الشفعة إذا سلم الشفعة لا يكون للموكل حق الأخذ، وكذا إن سلم رب المال لا يكون للمضارب أن يأخذها؛ لأن تصرف [رب]^(٢) المال في مال المضاربة كتصرف المضارب. ألا ترى: أنه لو باع شيئاً من مال المضاربة بمثل قيمته جاز، وإن أراد رب المال أن يأخذها بالشفعة لم^(٣) يكن^(٤) له ذلك^(٥) إلا أن تكون الدار كلها مضاربة بأن لم يكن فيها فضل ولم يبق في يد المضارب ما بقي ثمن المبيعة؛ لأن تعذر الأخذ للمضاربة فكان لرب المال أن يأخذها لنفسه؛ لأن الدار كلها ملكه، فكان رب المال هو الجار دون المضارب.

رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالتصف^(٦) فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة فيمنه ألف درهم^(٧) ثم باعه من المضارب بالألف المضاربة فأراد أن يبيعه مرابحة باعه على أقل الثمنين؛ لأن في بيع المرابحة أصليين:

أحدهما: أن البيع متى تردد في ملك رب المال لا يعتبر البيع.

والثاني^(٨): في بيع المرابحة: إن كان الاحتياط في أن لا يعتبر؛ لأن البيع معتبر من وجه غير معتبر من وجه معتبر من حيث إنه أفاد ملك التصرف وغير معتبر من حيث إنه لم يفد ملك الرقبة، فلا يعتبر إذا كان الاحتياط في أن لا يعتبر، وما هنا الاحتياط في أن لا يعتبر^(٩)، حتى يبيع المضارب مرابحة على البيع الأول فيقع التحرز عن الخيانة لا محالة وهنا البيع تردد في ملك رب المال فإن لعبد^(١٠) كان ملك رب المال قبل البيع من المضارب وبعد البيع من المضارب أيضاً؛ لأن جميع العبد^(١١) مشمول برأس المال فلم يعتبر البيع الثاني، ومتى لم يعتبر صار كأن رب المال لم يبع من المضارب ولكن وكنه يبيعه مرابحة، ولو كان كذلك يبيعه مرابحة على الثمن الأول.

(١) في وجه: وإن. (٢) في «أ»: ساقطة. (٣) في وجه: و«د»: ساقطة.
(٤) في وجه: و«د»: يكون. (٥) في «ج»: ساقطة. (٦) في وجه: و«د»: ساقطة.
(٧) في وجه: ساقطة. (٨) في «د»: أصليين: أحدهما... البيع والثاني: ساقطة.
(٩) في وجه: وما هنا الاحتياط: ساقطة، وفي «د»: وما هنا الاحتياط في أن لا يعتبر: ساقطة.
(١٠) في وجه: و«د»: العبد، وفي «أ»: المقد، ولعله تصحيف، ولذا أثبتنا الأول.
(١١) في وجه: و«د»: العبد، مثل التي سقتها.

وكذلك^(١) لو اشترى رب المال بألف درهم ثم باعه مضاربة بخمسمائة؛ لأن الاحتياط هنا في أن يعتبر البيع الثاني، وإذا اعتبر كان له أن يبيعه مرابحة على البيع الثاني.

الفصل الثاني

فيما يضمن المضارب بالتصرف في مال المضاربة

وفيما لا يضمن إلى آخره

مضارب نزل خاناً ومعه ثلاثة نفر فخرج المضارب مع اثنين منهم وترك واحداً في الحجرة وخرج الزابع أيضاً^(٢) وترك باب الحجرة غير مغلقة، إن كان الزابع بحال يعتمد عليه في الحفظ. فلا ضمان على المضارب والضمان على الزابع؛ لأنه أضاعه وإن كان مد لا يعتمد عليه فالمضارب ضامن؛ لأنه ضيع^(٣) حيث تركه في يدي من لا يعتمد عليه.

رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة وقال له: اعمل فيه برأيك ثم إن المضارب وشريكه اشتريا [عصيراً]^(٤) من شركتهما ثم إن المضارب حاه بدقيق من المضاربة فاتخذ منه ومن العصير فلاتجاً والشريك أذن له^(٥) بذلك نظر إلى قيمة الدقيق قبل أن يتخذ فلاتجاً فذلك يكون على المضاربة وما كان قيمة العصير فهو بين المضارب والشريك فإن كان رب المال لم يقل له: اعمل فيه^(٦) برأيك ولا الشريك أذن له فالفلاتج يكون له وهو ضامن لمثل الدقيق لرب المال ومثل العصير حصة شريكه؛ لأنه فعل ما فعل بغير إذنهما فصار خاصاً فإن كان رب المال أذن له بذلك والشريك لم يأذن فالفلاتج على المضاربة ويضمن المضارب حصة العصير لشريكه وإن كان الشريك^(٧) أذن [له]^(٨) بذلك ورب المال لم يأذن له فالفلاتج بينه وبين شريكه وهو ضامن لمثل الدقيق للمضاربة.

رجل دفع إلى رجل مالاً مضاربة ولم يقل له: اعمل برأيك إلا أن العادة جرت في تلك البلدة أن المصارين يخلطون المال ورب المال لا^(٩) ينهاهم عن ذلك فإن كانت العادة فيما بينهم في مثل ذلك رجوت أن لا يكون به بأس والأمر في ذلك على ما تعارفوا.

ولو دفع رجل إلى رجل^(١٠) ألف درهم مضاربة بالنصف ولم يقل له^(١١): اعمل فيه برأيك فدفعها إلى رجل آخر بالثلث فلم يعمل بها حتى ضاعت لم يضمن واحد منهما؛ لأنه

- | | |
|--------------------------|------------------------------------|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «ج»: وإن كان الشريك: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ه»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: بما صنع | (٩) في «ج» و«د»: لا: ساقطة. |
| (٤) في «ه»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: إلى رجل: ساقطة. |
| (٥) في «ج» و«د»: أمره. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | |

لو صما إما أن يضمنا بالعقد أو بالتسليم^(١١) وبالتسليم: لا وجه إلى الأول، لأن محزذ العقد قول فإنه لا يؤثر في المال، ولا وجه إلى الثاني.

أما الأول: فلائه سلم المال إلى الثاني على سبيل الأمانة ليتصرف فيه^(١٢) فإن^(١٣) رأس المال أمانة في يد المضارب [ليس]^(١٤) وله التسليم^(١٥) على هذا الوجه كما لو دفع إليه ساعة وأما الثاني: فلائه^(١٦) قرض المال على سبيل الأمانة ليتصرف فيه^(١٧) وله القبض على هذا الوجه، ولو عمل به صار الأول غاصباً وكذا الثاني.

أما الأول: فلائه أشرك الثاني في الربح إن كان فيما^(١٨) اشترى^(١٩) الثاني ربح وجعل البيع حقاً للثاني إن لم يكن فيه ربح، وليس للأول ذلك فصار الأول جانياً^(٢٠).

وأما الثاني: فلائه تصرف في مال رب المال بغير إذنه فصار جانياً^(٢١) فإن ضمن الأول لا يرجع الأول على الثاني؛ لأنه عمل له^(٢٢) بأمره وإن ضمن الثاني رجع الثاني على الأول؛ لأنه لحقه ضمان بعمل له وتصح المضاربة بين الأول وبين الثاني؛ لأن إقرار الضمان على الأول فيكون الملك له فصحت المضاربة بين المضارب والثاني كما لو ضمن الأول كالمودع إذا باع الوديعة ثم ضمن نفذ بيعه كذا ها هنا ولو دفع الثاني إلى ثالث بالسدس ولم يقل المضارب الأول [له]^(٢٣)؛ اعمل فيه برأيك برى الأول عن^(٢٤) الضمان؛ لأن الأول لا يضمن بنفس العقد ولو ضمن إنما يضمن بالإشراك ولم يوجد منه الإشراك للثالث إذا لم يقل له: اعمل فيه برأيك فصار كما لو هلك في يد الثاني بعمل لم يكن داخلاً تحت المضاربة ولا يضمن الأول كما لو استهلك الثاني ولو قال له: اعمل فيه برأيك فإن شاء رب المال ضمن أي الثلاثة^(٢٥) شاء ويتراجعون إلى الأول ولا يرجع الأول على أحد إن ضمنه رب المال وصحت المضاربة إن كان المال هلك في يد الأخير بعمل كان داخلاً تحت المضاربة الثانية؛ لأنه لما قال الأول للثاني: اعمل فيه برأيك كان للثاني أن يدفع إلى غيره مضاربة فصار الأول جانياً^(٢٦) بإشراك الثاني في الربح والثالث بإحداثهما التصرف^(٢٧) في مال رب المال بغير إذنه فإن ضمن الثالث يرجع الثالث على الثاني؛ لأنه عمل له ويرجع الثاني على الأول؛ لأنه عمل له وإن ضمن الأول لا يرجع على أحد؛ لأنه لم يعمل لأحد وصحت المضاربتان سواء ضمن الأول أو الثالث لما قلنا من قبل. ولو دفع الأول إلى

- | | |
|---------------------------|--|
| (١) في وجه واده: ساقطة. | (١٠) في وجه واده: خائناً. |
| (٢) في وجه واده: فيها. | (١١) في وجه واده: خائناً. |
| (٣) في وجه: لأن. | (١٢) في وجه: ساقطة. |
| (٤) في وجه ووجه: ساقطة. | (١٣) في وجه: ساقطة. |
| (٥) في وجه: التسليم. | (١٤) في وجه: من. |
| (٦) في وجه: ساقطة. | (١٥) في وجه: الثالث. |
| (٧) في وجه واده: فيها. | (١٦) في وجه: خائناً. |
| (٨) في وجه واده: ساقطة. | (١٧) في وجه: بأحد أيهما تصرف وهو نصيب. |
| (٩) في وجه واده: المشتري. | |

الثاني مضاربة فاسدة لم يضمن؛ لأن الأول إنما يضمن بإشراك الثاني في الربح ولم يوجد، لأن المضاربة إذا فسدت صارت إجارة فصار كأنه استأجر أجيراً ليعمل في المال بأجر في الذمة وللمضارب ذلك.

ولو دفع رب المال إلى الأول مضاربة فاسدة ولم يقل له: اعمل فيه برأيك أو قال له: فدمع إلى رجل آخر بالتصف لم يضمن واحد منهما؛ لأن المضاربة الثانية فاسدة أيضاً وإن كانت بالتصف؛ لأنها مضاربة لا تنفذ للمضارب شركة في الربح؛ لأن اشتراط المضارب الأول للثاني فيصرف^(١) إلى نصيبه^(٢) وليس للمضارب الأول هنا شيء من الربح وإذا فسدت الثانية صار كأن المضارب الأول استأجر أجيراً بأجر في الذمة ليعمل فيه^(٣) في مال المضاربة يبيع ويشترى، ولو كان كذلك لم يكن على واحد منهما ضمان والربح لرب المال كله؛ لأن عمل الثاني كعمل الأول والأول أجير رب المال ويكون الربح له وعليه أجر مثل الأول؛ لأن عمل الثاني كعمل الأول^(٤) ولو عمل الأول استحق أجر المثل وعلى الأول مثل نصف الربح في ماله خاصة غرامة للثاني. فرق بين هذا وبينما إذا دفع الأرض مزارعة فاسدة والمزارع دفع إلى آخر مزارعة وشرط له بعض الخارج حيث غرم الأول للثاني أجر مثله دراهم أو دنائير، والفرق بينهما أن في المسألة الأولى لما شرط الأول للثاني نصف الربح وقد ظهر الربح تعين له نصف الربح إلا أن رب المال استحق عليه فصار الأول مستأجراً له بدراهم مستحقة فيضمن له^(٥) مثلها^(٦) كمن استأجر رجلاً بدراهم فاستحقت لا يبطل العقد ويضمن مثلها. أما في المسألة الثانية لما ظهر الزرع تعين حق الثاني في بعض الخارج وقد استحقه رب المال.

ومن استأجر إنساناً بحنطة معينة فاستحقت ينسخ العقد ويجب أجر المثل دراهم أو دنائير فكذا ما هنا.

ولو دفع إلى رجل ألفاً مضاربة بالتصف وألفاً أخرى بالثلث فخلطهما قبل العمل بهما لم يضمن وهما على ما شرط؛ لأن المضارب واحد والمال واحد وإنما اختلف العقد فإنه^(٧) عقد معه^(٨) مضاربتان والمضاربتان يجعلان كمضاربة واحدة متى حصل [الخلط]^(٩) قبل تأكد المضاربتين لاتحاد المالك والمضارب؛ لأنه ترجح معنى الاتحاد فإن^(١٠) كانت المضاربة واحدة حقيفة على ألفي درهم ليكون له^(١١) من أحد الألفين نصف الربح ومن الآخر الثلث ودفع الألفين إليه في كرتين لم يضمن المضارب بالخلط؛ لأنه خلط مال رب المال بمال رب المال فكذا هنا، ولو عمل بأحدهما فربح فيه ووضع في الآخر ثم خلطهما ضمن الذي وضع.

- | | |
|---|------------------------|
| (١) في جهة: يتصرف. | (٧) في جهة: لأنه. |
| (٢) في جهة: نصيب. | (٨) في جهة: معه. |
| (٣) في جهة: له. | (٩) في جهة: ساقطة. |
| (٤) في جهة: الأول أجير.... كعمل الأول: ساقطة. | (١٠) في جهة: ودد: فلو. |
| (٥) في جهة: ساقطة. | (١١) في جهة: ساقطة. |
| (٦) في جهة: مثله. | |

إذا وضع في أحد الألفين خمسمائة وبقي خمسمائة فخلط، يضمن ما بقي من الألف خمسمائة؛ لأن المضاربة متحدة حكماً، ولو كانت مختلفة حقيقة وحكماً بأن كان المضارب اثنين والعقد اثنين فخلطاً ضمنا المالكين جميعاً حصل الخلط قبل حصول الربح في أحد المالكين أو بعد حصول الربح ولو كانت متحدة حقيقة وحكماً بأن عقد المضاربة على الألفين يكون له من أحد الألفين نصف الربح ومن [الآخر]^(١) الثلث ودفع الألفين في كرتين فخلط قبل حصول الربح في أحد المالكين أو بعد، لم يضمن المالكين جميعاً فإذا كانت متحدة حكماً مختلفة حقيقة وخلط بعده حصول الربح في أحد المالكين ضمن أحد المالكين ولم يضمن المال الآخر ليظهر نقصان رتبته عما كان مختلفاً حقيقة وحكماً وإذا ضمن أحد المالكين ضمن الخمسمائة من المال من الثاني؛ لأن الخمسمائة من المال الثاني خالص ملك رب [المال]^(٢) لا شركة للمضارب فيه وقد خلطه بماله؛ لأن للمضارب شركة في المال الأول الذي ربح فيه فصار [خالطاً]^(٣) مال رب المال بماله وأن سببه الضمان.

ولو دفع إليه ألف درهم مضاربة ولم يقل له: اعمل [فيه]^(٤) برأيك فاشترى بها وبألف من عنده عبداً ثم خلطها بألفه ثم نقده البائع لم يضمن. أما شراء نصف العبد على المضاربة حائز؛ لأنه كما أن للمضارب أن يشتري المقسوم على المضاربة فله أن يشتري المشاع على المضاربة ولا ضمان عليه في العبد وإن خلط مال رب المال بماله؛ لأن هذا الخلط حصل بإذن رب المال؛ لأنه حصل بسبب شراء البائع^(٥) وشراء البائع دخل^(٦) تحت المضاربة ويضمن رأس المال؛ لأنه بعد الشراء بقي رأس المال ملك رب المال فصار خالطاً مال^(٧) رب المال بماله فيضمن كما لو حصل الخلط قبل الشراء لكن لا تفسد المضاربة؛ لأنه إنما صار ضامناً لرأس المال بعد ما تحولت المضاربة إلى العروض وإذا بطلان المضاربة إلا أنه كما وجب لرب المال على المضارب ضمان ألف درهم^(٨) وجب للمضارب على رب المال بالشراء ألف فيتقاضاً وما ذكرنا أنه لم يضمن: المراد منه. في حق العبد لا في حق رأس المال، ولو هلكا بعد ما خلطاً قبل أن يدفعها إلى البائع ضمن ألف المضاربة للبائع والعبد على المضاربة ولا تفسد المضاربة بضمن البائع لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة ولم يأمره أن يعمل فيها برأيه ودفع إلى رجل آخر أيضاً^(٩) ألف درهم ولم يأمره أن يعمل فيها برأيه فخلطاً قبل أن يعملها لم يضمن؛ لأن كل واحد منهما خلط [مال رب المال]^(١٠) بمال رب المال فلا يضمن واحد منهما؛ لأنه لم^(١١) يثبت كل واحد لنفسه ولا لغيره شركة في رأس مال رب المال.

(٧) في «ج» و«د»: مال، وفي «هـ»: ملك، وأثبتنا الأول.

(٨) في «هـ»: ساقطة.

(٩) في «ج» ساقطة.

(١٠) في «هـ»: ساقطة.

(١١) في «ج»: لا.

(١) في «هـ»: ساقطة.

(٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «هـ»: ساقطة.

(٤) في «هـ»: ساقطة.

(٥) في «ج»: الشائع.

(٦) في «ج»: الشائع داخل.

وأما الحيلة في وجوب ضمان المضارب في مال المضاربة:

رجل دفع ماله مضاربة فأراد أن يكون المضارب ضامناً فالحيلة في ذلك أن يقرض المال كله للمضارب ويسلم إليه ثم يأخذ منه مضاربة ثم يدفع بعد ذلك إلى المضارب مضاربة.

وأما في اختلاف المضارب مع رب [المال في مال] ^(١) المضارب ^(٢):

ولو اختلفا، فقال المضارب: أمرني بالنقد والسيئة، وقال رب المال: لا بأس أمرتك بالنقد دون السيئة فالقول: قول المضارب؛ لأن المضاربة للتجارة والتصرف ^(٣) [والتجارة] قد تكون بالنقد وقد تكون بالسيئة. هذا هو المتعارف فيما ^(٤) بين التجار، فالظاهر شاهد للمضارب فيكون القول: قوله.

وكذلك لو قال: أمرتك أن تعمل بالكوفة أو أمرتك بأن تشتري كذا، فالقول: قول لمضارب لما قلنا.

رجل عقد مع آخر عقد المضاربة بالعروض، ثم ادعى المضارب أني رددت إليك ^(٥) العروض، فالقول: قول المضارب؛ لأنه أمين.

ولو اختلفا في قدر رأس المال في القلة والكثرة وفيما شرط له من الزبح، فالقول: قول المضارب في رأس المال؛ لأن حاصل اختلافهما إنما وقع في قدر ^(٦) ما قبضه المضارب فيكون القول: قوله كما في المودع والغاصب إذا اختلفا في مقدار المقبوض والجامع أنه مكر القبض في الزيادة، ولو أنكر أصلاً كان القول: قوله، فكذا إذا أنكر قبض الزيادة، والقول قول رب المال في الزبح؛ لأن المضارب يدعي اشتراط الزبح زائداً ورب المال ينكر.

ولو اختلفا في العموم والخصوص فهنا مسألتان:

أحدهما: إذا قال المضارب: دفعت إليّ بمال مضاربة بالنصف ولم تسم شيئاً، وقال رب المال: إنما أديت لك ^(٧) في البر.

والثانية: إذا اتفقا على الخصوص واختلفا في الجنس الذي وقع فيه الخصوص بأذن قال رب المال: شرطت لك الحنطة خاصة، وقال المضارب: شرطت لي ^(٨) الشعير.

ففي المسألة الأولى: إن كان الاختلاف قبل التصرف لا يكون للمضارب التصرف في العموم؛ لأن العموم وإن ثبت بقول من يدعي العموم؛ لأنه يدعي موجب العقد؛ لأن موجب العقد إنما هو العموم؛ لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وإذا إنما يكون للتجار كلها لا لنوع منها لكن العموم الثالث يرتفع بنهي رب المال قبل التصرف فإن كان الاختلاف بعد التصرف، فالقول: قول المضارب مع يمينه استحساناً؛ لأن رب المال يدعي

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «ج»: المضاربة.

(٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «ج»: عليك.

(٦) في «ج»: و«د»: مقدار.

(٧) في «ج»: إليك.

(٨) في «ج»: ساقطة.

غير موجب العقد لما بيننا أنه موجب العقد إنما هو العموم والمضارب منكر له فيكون القول قول المنكر مع بعبه^(١) وعلى المدعي^(٢) البينة كالمتبايعين إذا ادعى أحدهما شرط الخيار أو لأجل وأنكر الآخر فيكون القول قول المنكر كذا هنا.

وفي^(٣) المسألة الثانية: القول قول رب المال وعلى المضارب البينة؛ لأنهما انفقا على تغيير موجب العقد واختلفا في الإذن الذي يدعي المضارب فيكون القول: قول رب^(٤) المال؛ لأن الإذن مستفاد من جهته كالمتبايعين اتفقا على شرط الخيار والأجل وتنازعا في مقدار ذلك. كان القول: قول من يستفاد من جهته، ولو قامت لهما بينة وقتنا وقتين كان الوقت الثاني ناسخاً للآخر؛ لأن العمل بالبينتين ممكن بأن يجعل كأن الأمرين كانا [بإذن]^(٥) بأن أذن له بالعموم أولاً ثم نهى وأذن له في الخصوص أو كانا على العكس فعملنا بهما فصار الآخر ناسخاً للآخر.

وإن^(٦) لم يوقتا أو وقت أحدهما. ففي السألة الأولى: وهو ما إذا اختلفا في العموم والخصوص فالبينتة بينة رب المال؛ لأنه تعذر القضاء بهما فوجب الاشتغال بالترجيح فرجحنا بينة رب المال؛ لأنه مدع للخصوص فثبت بينة ما ليس بثابت [وهو تغيير موجب العقد فكان أشبه بالمدعي فتكون البينة بينته].

وفي المسألة الثانية: وهو ما إذا اتفقا في الخصوص واختلفا في الجنس الذي فيه الخصوص فالبينتة بينة المضارب؛ لأنه ثبت ببينته ما ليس بثابت^(٧) وهو الإذن في النوع الذي يدعي.

ولو اشترى المضارب عبداً بألف درهم فاختلف رب المال والمضارب، فقال المضارب: اشترته على المضاربة، وقال رب المال: اشترته لنفسك والألف قائمة في يدي المضارب فالقول: قول المضارب وهو على المضاربة؛ لأنه حكى أمراً يملك استثنائه، فإنه لو اشترى العبد للحال صح الشراء على المضاربة فيصدق فيما حكى من غير بينة فإن ملكك الألف قبل أن ينقدها البائع رجع المضارب بمثلها على رب المال؛ لأنه لو^(٨) صدق صار الثابت بإقراره كالثابت معاينة، ولو عاين أنه أنشأ الشراء للمضاربة وهلك الثمن قبل التسليم رجع بمثله على رب المال كذا هنا، وكذلك لو ملكك أيضاً له أن يرجع ورأس المال عدد ما أخذ من الألف ولا يرجع الوكيل إلا مرة واحدة، والفرق أن المضاربة لم تنته^(٩) بالشراء وقد قبض الألف الثانية على حكم المضاربة ليردها على رب المال يوم القسمة فلا تكون مضمونة عليه كالألف الأولى.

(٦) في «أ»: ساقطة، وفي «هـ»: ولو

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: لا تنتهي

(١) في «ج»: و«هـ»: استحساناً... مع بعبه: ساقطة.

(٢) في «ج»: المدعي: ساقطة.

(٣) في «ج»: ساقطة.

(٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «أ»: ساقطة.

وأما الوكالة تنتهي بالشراء وقبض الألف الثاني لاستيفاء حق واجب له على الموكّل فتكون مضمونة. فأما حال ما أخذ الألف الأولى قمضها لا بحق واجب له فلا تكون مضمونة عليه.

ولو^(١) قال الوكيل: نعدت البائع وكذبه البائع ضمن ولا يرجع^(٢)؛ لأنه أقر باستيفاء ما وجب له على الموكّل وإيفاء حق البائع فالأول إقرار والثاني شهادة وإقرار نافذ فصار النص مضموناً عليه والشهادة لا توجب إيفاء ثمن البائع.

ولو قال ذلك المضارب: والألف قد هلك: لم يصدق المضارب؛ لأنه أخير^(٣) عن الشراء بعد العزل، لأن المضارب ينزل بهلاك رأس المال [وهلاك رأس المال]^(٤) ها هنا هلك^(٥) من كل وجه فإذا أقر فقد حكى أمراً لا يملك^(٦) استيفاؤه للحال، ولو قال ذلك وقد هلك العبد والمال قائم في يده ثم هلك المال فالقول: قول رب المال ولا ضمان عيه ويصدق على رب المال في حق تسليم ما في يده إلى البائع، ولو هلك في يده فأراد أن يرجع على رب المال بألف آخر لا يصدق؛ لأن رأس المال قائم من وجه هالك من وجه، قائم حقيقة هالك معنى؛ لأنه مشغول بشئ غير هالك، ولو كان قائماً حقيقة ومعنى صدق في [حق]^(٧) تسليم ما في يده للبائع وفي حق الرجوع بمثله على رب المال حتى^(٨) هلك قبل التسليم^(٩) ولو كان هالكاً حقيقة ومعنى لم يكن مصداقاً أصلاً فإذا كان قائماً من وجه هالكاً من وجه صدق في حق تسليم ما في يده إلى البائع ولم يصدق في حق الرجوع بمثله عملاً بهما.

ولو اشترى بالألف المضاربة عبداً ونقد من ماله ثم قال: اشتريته لنفسي لم يصدق وهو على المضاربة ويأخذ الألف المضاربة قصاصاً بما نقد؛ لأن بإضافة الشراء إلى مال المضاربة جعل مقراً بالشراء للمضاربة اقتضاء؛ لأنه جعل بدل العبد مال المضاربة والمبدل إنما يكون لمالك البدل إلا أن الإضافة إلى الذراهم لم تصح في حق التعيين لضرورة. أما في حق أن يصير المضارب مقراً أن الشراء للمضاربة^(١٠) يصح؛ لأنه لا ضرورة كما يصح في حق الجواز إذا كان في البلد نفود مختلفة.

ولو اشتراه بألف درهم ولم يسمها، فالقول: قول المضارب مع يمينه؛ لأن المضارب لم يصر مقراً بالشراء لنفسه لا نصاً ولا اقتضاء وهو مالك الشراء للمضاربة ومالك الشراء لنفسه؛ لأنه بمنزلة الوكيل بشراء عبد بغير عينه فكان الأمر مجعلاً^(١١) فوجب^(١٢) الرجوع

(١) في «ج»: ساقطة.

(٢) في «د»: ولا يرجع.

(٣) في «ج»: أخير، وفي «أ»: آخر، وفي «د»: أجبر، وأثنى الأول. (٩) في «ج»: التسليم ساقطة.

(٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «ج»: هالك.

(٦) في «ج»: ما لا يملك.

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: حتى.

(٩) في «ج»: التسليم ساقطة.

(١٠) في «ج»: للمضارب.

(١١) في «ج»: و«د»: مجعلاً.

(١٢) في «ج»: و«د»: فيجب.

في البيان إليه وهذا إذا تكاذباً^(١). وإن اتفقا على^(٢) أنه لم يحضر للمضارب نية وقت الشراء على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى بحكم النقد وعلى قول محمد رحمه الله تعالى يصح الشراء للمضارب كيف ما كان.

ولو اشترى عبداً بألف درهم ولم يسم شيئاً ثم اشترى عبداً آخر بألف درهم ولم يسم شيئاً ثم قال: نويتهما على المضاربة ولم ينقد المال بعد وصدقه رب المال كان الأول للمضاربة دون الثاني؛ لأنهما تصادفاً أن العبد الأول اشتراه للمضاربة ورأس المال قائم فحين اشترى صار الأول للمضاربة وصار جميع رأس المال مشغولاً بثمن الأول والمشغول كالهالك فحين اشترى الثاني اشترى [الأول]^(٣) ورأس المال هالك معي^(٤) فلا يعقد؛ لأنه لو نقد صار مستديناً على المضاربة، وليس للمضارب أن يستدين إلا بإذن رب المال، وكذلك لو كذبه فيهما، لأنَّ المضارب في الأول حكى أمراً يملك استئنافه؛ لأنَّ رأس مال المضاربة قائم والعبد قائم فصار الأول للمضاربة وإذا صار [الأول]^(٥) للمضاربة لم يصح الثاني للمضاربة؛ لأنه لو صدقه في الثاني كان الثاني للمضارب لا^(٦) للمضاربة فهذا أولى.

ولو قال رب المال: اشتريت اشتراني للمضاربة والأول لنفسك فالقول: قول رب المال؛ لأنَّ المضارب وإن أقرَّ أن^(٧) الأول للمضاربة صدق في إقراره؛ لأنه حكى أمراً يملك استئنافه إلا أنه لما أقرَّ أن الثاني اشتراه للمضاربة فقد رجع عن إقراره لأول؛ لأنه لا ينصّر أن يكون للمضاربة وقد صدقه رب المال في رجوعه فبطل إقراره أنه اشترى الأول للمضاربة^(٨).

ولو اختلفا في اشتراط الربح، فقال رب المال: شرطت لك ثلث الربح وقال المضارب: نصفه، فالقول: قول رب المال لما ذكرنا واليثة بينة المضارب إن أقاما البينة؛ لأنَّ المضارب يثبت بينته زيادة شرط في الربح بينهما^(٩) [تنفيها]^(١٠) بينة رب المال فكانت بينته أكثر إثباتاً.

وكذلك لو قال رب المال: شرطت مائة درهم، وقال المضارب: نصف الربح، وكذلك المزارعة؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد؛ لأنهما ما اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة ليكمل ذلك منهما^(١١) اتفقا على المضاربة، فكان رب المال مدعياً الإجارة الفاسدة والمضارب المضاربة الصحيحة والاختلاف متى وقع في نوع العقد كالقول قول صاحب المال، وإن كان ما يدعيه صاحب المال عقداً فاسداً كمن يقول لآخر: أجرت

- | | |
|--------------------------------|------------------------------------|
| (١) في وجه: مكتوباً. | (٧) في وجه: واده: ساقطة |
| (٢) في وجه: واده: ساقطة. | (٨) في وجه: الأول للمضاربة؛ ساقطة. |
| (٣) في داء: واده: ساقطة. | (٩) في وجه: واده: ساقطة. |
| (٤) في وجه: ساقطة. | (١٠) في داء: ساقطة. |
| (٥) في داء: واده: ساقطة. | (١١) في وجه: بينهما. |
| (٦) في وجه: للمضارب لا: ساقطة. | |

ملك^(١) هذه الذار إجارة فاسدة، والآخر يقول: لا بل اشتريت بألف درهم كان القول: قول صاحب الذار.

ولو قال رب المال: ثلث^(٢) الربح وزيادة عشرة دراهم، وقال المضارب: ثلث الربح^(٣) فالقول: قول المضارب؛ لأنهما اتفقا ما هنا على نوع العقد، وهي المضاربة، لأن رب المال أقر بما يكفي لصحة المضاربة وهو اشتراط ثلث الربح له والمضارب ادعى ذلك فقد اتفقا على المضاربة ورب المال بدعواه أنه شرط له زيادة عشرة دراهم^(٤) ادعى شرطاً زائداً يوجب فساد العقد وأنكر المضارب فكان القول: قول المضارب، وإن أقاما البيّنة فالبيّنة بينة رب المال، لأن رب المال بيّنته ثبتت شرطاً زائداً تنفيها بينة المضارب [فكان]^(٥) بينة رب المال أكثر إثباتاً. ولو قال رب المال: ثلث الربح إلا عشرة دراهم، وقال المضارب: ثلث الربح، فالقول: قول رب المال؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد.

ادعى رب المال إجارة فاسدة والمضارب المضاربة؛ لأنهما ما اتفقا على ما يكفي لصحة المضاربة؛ لأن رب المال يدعي أنه شرط له بعض الربح؛ لأن الاستثناء^(٦) تكلم بما وراء المستثنى وذلك البعض مجهول لا ندري أنه نصف الربح أو ثلثه فصار رب المال شارطاً له ربحاً مجهولاً، وهذا لا يكفي لصحة المضاربة. وإن أقاما بينة قبلت بينة المضارب؛ لأن بيّنته تثبت زيادة شرط في الربح تنفيها بينة رب المال فكانت بينة المضارب أكثر إثباتاً.

ولو قال رب المال: الثلث، وقال المضارب^(٧): دفعت إليّ ولم تشترط شيئاً، فالقول: قول رب المال؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد.

ادعى رب [المال]^(٨) المضاربة والمضارب الإجارة الفاسدة، والاختلاف منى وقع في نوع العقد كان القول قول رب المال [وإن كان ما يدعيه رب المال]^(٩) عقداً فاسداً فلائ يكون^(١٠) القول: قوله، وما يدعيه عقد جائز كان أولى والبيّنة بينته أيضاً، لأن بينة رب المال تثبت شرطاً وهو شرط ثلث الربح تنفيها بينة المضارب فكانت بينته أكثر إثباتاً.

ولو قال المضارب: شرطت لي^(١١) مائة درهم، وقال رب المال: نصف الربح، فالقول: قول رب المال؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد^(١٢)، وإن أقاما البيّنة فالبيّنة بينة المضارب؛ لأن البيّنتين استويا في الإثبات من حيث الصورة فإن بينة رب المال تثبت عقداً واشتراط التصف للمضارب وبيّنة المضارب أثبتت عقداً واشتراط المائة ثم ترجح بينة

- | | |
|-------------------------------------|-------------------------------------|
| (١) في «د»: مثل. | (٧) في «ج»: رب المال. |
| (٢) في «ج»: ثبت. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: وقال... الربح ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: فلا يكون. |
| (٥) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: المستثنى. | (١٢) في «ج» و«د»: لفظة العقد ساقطة. |

المضارب؛ لأنها مثبتة^(١) معنى لأجر المثل من كل وجه وبينه رب المال مثبتة معنى نافية^(٢) من وجه مثبتة من وجه^(٣) فإنها تثبت أحر المثل متى ظهر الزرع كان^(٤) في الزرع أحر المثل. وأما نافية^(٥) من وجه مثبتة من وجه^(٦) فإنها تثبت أجر المثل متى لم يظهر الزرع فترجح بينة المضارب.

ولو قال رب المال: بضاعة، وقال المضارب^(٧): ثلث الزرع، أو قال: مائة درهم، أو قال: دفعت، ولم تسم شيئاً، فالقول: قول رب المال، لأنهما اختلفا في نوع العقد، والينة بينة المضارب؛ لأنه ترجح بينة المضارب؛ لأن بينة رب المال^(٨) مثبتة^(٩) صورة من كل وجه؛ لأنها تثبت عقداً وهو الإيضاع ولم تنف شرطاً لكنها نافية معنى من كل وجه [فإنها تنفي وجوب أجر المثل من كل وجه، وبينة المضارب مثبتة صورة من وجه]^(١٠) من حيث إنها أثبتت^(١١) عقداً نافية من وجه من حيث إنها [تنفي]^(١٢) شرط الإيضاع لكنها من حيث المعنى مثبتة^(١٣) من كل وجه وهو إثبات أجر المثل فالإثبات معنى من كل وجه يعارض الإثبات صورة من كل وجه من بينة رب المال^(١٤)؛ لأن البيّنات تقبل على إثبات الصورة كما تقبل على إثبات المعنى. ألا ترى: أن بينة المودع^(١٥) على الرّد مقبولة وإن كانت نافية لوجوب الضمان من حيث المعنى لكن لما كانت قائمة على الإثبات صورة وهو إثبات الرّد كانت مقبولة فكان الإثبات صورة في الشهادة كالإثبات معنى بقي في بينة المضارب الإثبات صورة من وجه والنفي صورة من وجه، وفي بينة رب المال النفي معنى من كل وجه فيترجح الإثبات من [وجه]^(١٦) دون وجه على النفي معنى من كل وجه.

ولو قال رب المال: دفعت إليك بضاعة أو مضاربة جائزة أو فاسدة، وقال المضارب: أقرضتني فربحت فيه لم يصدق المضارب.

ولو هلك في يده ضمن رأس المال وحصلته من الزرع، لأنهما اختلفا في نوع العقد العامل ادعى القرض^(١٧) ورب المال ادعى لبضاعة أو المضاربة أو الإجارة الفاسدة فيكون القول: قول: صاحب المال فصار الثابت بقوله كالثابت معينة، ولو عاين ذلك ثم حدد دو اليد ضمن؛ لأن المال أمانة عنده فإذا ادّعاء لنفسه فقد جحد والأمين متى جحد^(١٨) الأمانة صار ضامناً وإنما يضمن رأس المال وحصلته من الزرع إذا ادّعى رب المال المضاربة. أما

- | | |
|---|-------------------------------------|
| (١) في وجه وادّعى: مثبتة. | (٩) في وجه: ساقطة. |
| (٢) في وجه: مثبتة. | (١٠) في ادّعى: ساقطة. |
| (٣) في وجه: مثبتة من وجه. ساقطة. | (١١) في وجه وادّعى: تثبت. |
| (٤) في وجه وادّعى: فإن. | (١٢) في ادّعى: ساقطة. |
| (٥) في وجه وادّعى: منافية. | (١٣) في وجه: مثبتة. |
| (٦) في وجه: مثبتة من وجه: ساقطة. | (١٤) في ادّعى: الينة. |
| (٧) في وجه وادّعى: المضارب، وهي ادّعى: | (١٥) في وجه وادّعى: المدعي. |
| المال، وأثبتنا الأول. | (١٦) في ادّعى: ساقطة، وهي في ادّعى. |
| (٨) في ادّعى: لأنهما اختلفا... بينة رب المال: | (١٧) في وجه: المدد. |
| ساقطة. | (١٨) في وجه: نقد. |

إذا ادعى البضاعة^(١) أو الإجارة الفاسدة ضمن جميع ما في يده متى هلك.

وإن ادعى رب المال مضاربة حائزة وادعى المضارب مضاربة فاسدة أو بضاعة فالقول: قول رب المال؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد فيكون القول: قول صاحب المال فصار الثابت بقوله كالثابت معاينة، ومال المضاربة أمانة في يد المضارب. وذكر في بعض المواضع: أن المضارب يضمن الكل لكنه سهو والصحيح ما ذكرنا.

ولو قال المضارب: شرطت لي نصف الربح وقد ربح ألف درهم^(٢). وقال رب المال: شرطت ثلث الربح ثم هلك ضمن سدس الربح؛ لأن القول قول رب المال في أنه شرط له ثلث الربح فكانت الزيادة من الثلث إلى [النصف]^(٣) وهو السدس أمانة في يد المضارب فإذا دعاها لنفسه فقد جحد الأمانة فيصير ضامناً.

وأما في الشرائط التي تفسد المضاربة وفيما لا تفسد:

رجل دفع ماله مضاربة وقال: تخرج إلى الري فما ربحت في ذهابك فهو بيننا نصفان وما ربحت في مجيئك فهو بيننا أثلاث، أو قال: ما ربحت في هذا الشهر فهو بيننا نصفان، وما ربحت في الشهر الثاني فهو بيننا أثلاث، فالمضاربة على هذا الشرط^(٤) جائزة، والربح على ما شرط. هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند؛ لأن هذا الشرط لا يقضي إلى المازعة فيجب اعتباره.

ولو دفع إلى رجل مضاربة وقال: لك ربح هذه المائة من رأس المال لم يجز؛ لأنه شرط للمضارب الربح على وجه يقطع الشركة في الربح عسى؛ لأنه ربما لا يربح إلا على المائة المعينة، ولو قال: ربح مائة من رأس المال وهو ألف درهم جاز؛ لأنه شرط للمضارب الربح على وجه لا يقطع الشركة في الربح؛ لأن اشتراط ربح مائة لا يعينها ورأس المال ألف درهم واشتراط عشر الربح سواء.

ولو قال: خذ هذه الألف مضاربة^(٥) بالثلثين، ثم قال: عنيت بالثلثين لي والثلث لك، لم يصدق رب المال؛ لأن ما ذكر من الثلثين مشروط للمضارب دلالة؛ لأنه قرن الثلثين بحرف الباء والباء تصحب^(٦) الإبدال فيكون مشروطاً لمن يستحقه بطريق البذل وهو المضارب فإنه يأخذ بدل عمله ولهذا صحت المضاربة؛ لأن البذل معلوم ولاية، وكذلك لو قال: خذها معاملة بالنصف جاز وله النصف؛ لأنه لما جاز أن يستقضى هذا العقد مضاربة لما فيها من الضرب في الأرض للتصرف جاز أن يستقضى معاملة لما^(٧) فيه^(٨) من العمل وهو البيع والشراء.

(١) في «ج»: المضاربة. (٥) في «ج»: بضاعة.
(٢) في «ج»: ساقطة. (٦) في «ج» و«د»: تصحب وفي «ه»: بصحة وأثبتنا الأول
(٣) في «ه»: ساقطة. (٧) في «د»: فيها من الضرب. . . معاملة لما: ساقطة.
(٤) في «ج»: الوجه. (٨) في «ج» و«د»: فيها.

ولو قال: ما رزق^(١) الله تعالى في ذلك فهو بيننا [جاء]^(٢) وله نصفه وإن لم يسم مضاربة؛ لأن قوله: ما رزق الله تعالى عبارة عما يحصل من الزبح والربح لا يكون إلا بالتصرف فصار كأنه قال: خذها فاعمل بها على أن الربح بيننا، ولو نص على هذا كان مضاربة بالتصف؛ لأن كلمة بين في اللغة كلمة تنصيف وتشريك.

ولو قل: على أنه كله لك فهو قرض له برحه وعينه وضيعته؛ لأن قوله: خذ هذه [الألف]^(٣) مضاربة على أن ما رزق الله تعالى كله لك إن كان مضاربة لفظاً فهو إقراض معنى، لأن رب المال شرط له جميع الربح وأن^(٤) يصير جميع الربح له إلا بعد أن يكون رأس المال ملكاً^(٥) للمضارب، فصار مملوكاً رأس المال [إياه]^(٦) مفضى هذا إلا أنه ملكه على سبيل التبزيع؛ لأنه لم يشترط عليه عوضاً والتبرع نوعان: هبة، وقرض، فائتينا القرض؛ لأنه أقل فكان متيقناً، ولو قال: كله لرب المال فهو بضاعة ولا أجر له؛ لأن هذا إضاع؛ لأنه لم يتبع لعمله عوضاً والمستبضع من لم يتبع لعمله عوضاً فكذا هذا إضاعاً معنى.

ولو قال: خذها مضاربة ولم يزد على هذا كانت فاسدة؛ لأن هذه مضاربة لم تستجمع شرائط جوازها فإن من إحدى شرائط جوازها: أن يكون نصيب المضارب من الربح معلوماً وهذا غير معلوم لا عرفاً ولا شرعاً.

ولو قال: خذها مضاربة على أن لي الثلث ولم يسم للمضارب شيئاً فعمل به يجوز استحساناً، وفي القياس: لا يجوز؛ لأن نصيب المضارب^(٧) من الربح ليس^(٨) بمعلوم لا نصاً ولا اقتضاء، أما نصاً، فظاهر. وأما اقتضاء؛ لأن بيان رب المال نصيبه من الربح لم يصح؛ لأنه غير محتاج إليه؛ لأنه لا يستحق الربح بالشرط فإذا لم يكن محتاجاً إليه جعل كالمكوت معنى، ولو سكت حقيقة لم يثبت بيان نصيب [المضارب]^(٩) اقتضاء فكذا هو.

وجه^(١٠) الاستحسان: [وهو]^(١١) أن رب المال خص نصيبه من الربح فيجب أن يكون لهذا التخصيص فائدة، وإنما يفيد هذا التخصيص إذا صار بياناً [أن الباقي]^(١٢) للمضارب، وعلى هذا القياس والاستحسان المزارعة إذا بين صاحب البذر نصيبه خاصة فلو سمي للمضارب ثلثه^(١٣) ولم يسم لنفسه فهو جائز؛ لأن بيان رب المال نصيبه من الربح غير محتاج إليه؛ لأنه لا يستحق بالشرط وإنما يستحق بملك^(١٤) رأس المال فإذا بين نصيب المضارب كان الباقي لرب المال، وكذلك في المزارعة إذا بين صاحب البذر نصيب الآخر

- | | |
|--------------------------------------|--|
| (١) في «ج» و«د»: رزقك. | (٨) في «ج» ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «أ» و«ج»: ساقطة. وهي في «د». | (١٠) في «ج»: وهو. |
| (٤) في «ج» و«د»: ولم. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «د»: مملوكاً. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. وهي في «ج» و«د». | (١٣) في «ج» و«د»: ثلثه، وفي «أ»: ثلاثة، وأثبتنا الأول. |
| (٧) في «ج»: شيئاً... المضارب: ساقطة. | (١٤) في «ج»: بملك. |

ولم يبين نصيب نفسه جاز، ولو شرط أقفزة معلومة لم يجز؛ لأن المزارعة شركة في الخارج، وهذا الشرط مما يوجب قطع الشركة في الخارج عسى لجواز أن لا يخرج إلا أحد الأقفزة المعلومة أو أقل منها.

ولو قال للمضارب: لك ثلث الربح ولي نصفه كان المسكوت^(١) عنه لرب المال. وفي المزارعة لرب البذر؛ لأن بيان رب المال نصيبه من الربح بعدما بين نصيب المضاربة^(٢) لنحو، لأنه غير محتاج إليه لا في حقه ولا في حق المضارب فصار كأنه سكت عنه.

ولو قال: خذ هذه الألف فاشتر بها [ثوباً] هروياً بالنصف أو رقيقاً بالنصف فهو فاسد؛ لأنه لم يذكر المضاربة لفظاً ولا معنى. أما لفظاً: فظاهر. وأما معنى؛ فلأنه لم يذكر جميع معنى المضاربة، فإن معنى المضاربة^(٣): البيع والشراء وأن يكون للمضارب نصيب معلوم من الربح ولم يذكر البيع فإنه ذكر الشراء لا غير. والشراء: اسم خاص لا يتناول البيع ولم يذكر له نصيباً من الربح فإنه قال: بالنصف، ولم يقل: بالنصف من الربح أو من رأس المال وليس هنا عرف يعين^(٤) الربح فله أجر مثله؛ لأنه لما تعذر إثبات المضاربة كان إجارة فاسدة؛ لأن العمل مجهول؛ لأن الشراء قد يتفق [في]^(٥) مدة يسيرة وقد لا يتفق في مدة طويلة، والأجر مجهول ولا يبيع ما اشترى إلا بأمر رب المال؛ لأنه مأمور بالشراء والمأمور له^(٦) بالشراء ليس له أن يبيع ما اشترى.

ولو دفع رجلان إلى رجل ألف درهم بالثلث وما بقي فهو بينهما أثلاث كان الشرط باطلاً وما بقي من الربح فهو الثلثان بينهما نصفان. أما حواز المضاربة، فلاستجماع شرائطها وأما استحقاق المضارب ثلث الربح من المالكين فلأنهما أضافا ثلث الربح للمضاربة^(٧) إلى ماليتها إضافة على السواء. وأما الباقي بينهما نصفان وبطل الشرط؛ لأن الذي شرط لنفسه ثلث الربح [شرط]^(٨) بعض الربح من نصيب صاحبه لنفسه وليس له في ذلك رأس مال ولا عمل، ثم فرق بين هذه المسألة وبين مسألة ذكرها في كتاب المزارعة وهو [أن]^(٩) التخيل إذا كان بين اثنين دفعاه^(١٠) إلى رجل معاملة على أن يكون له الثلث والباقي بينهما أثلاثاً ثلثه لأحدهما وثلثاه لآخر حيث بطلت المعاملة والشرط جميعاً، والخارج بينهما نصفان وللعامل أجر المثل وهنا قال: جازت المضاربة وبطل الشرط والفرق: أن في المضاربة معنى الإجارة والشركة، إلا أن معنى الشركة راجع، ولهذا صحت من غير توقيت ولم يجبر المضارب على العمل ولا رب المال على تسليم المال. وإذا كان معنى الشركة راجعاً لم تبطلها الشروط الفاسدة؛ لأن الشركة لا تبطلها الشروط

- | | |
|---------------------------------------|----------------------|
| (١) في «ج»: المسكوت. | (٦) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: المضارب. | (٧) في «ج»: للمضارب. |
| (٣) في «ج»: فإن معنى المضاربة: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: يبين. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: دفع. |

الفاصلة^(١)؛ لأنهما وكالة وإذا شرط في المضاربة ما يقطع الشركة في الرّبح لا نقول إن المضاربة فسدت بالشرط الفاسد، لكن [لما]^(٢) شرطاً [ما]^(٣) يقطع الشركة [في الرّبح]^(٤) عسى انتفت الشركة، وإذا انتفت الشركة^(٥) بقيت إجارة، فأما معنى الإجارة [في المعاملة]^(٦) راجح، ولهذا^(٧) أجبر العامل على العمل وصاحب التّخيل على دفع التّخيل والإجارة مما^(٨) تبطلها الشروط الفاسدة.

ولو شرط للمضارب ثلثه^(٩) وثلثاه من نصيب أحدهما وثلثه من نصيب الآخر وما بقي فهو بينهما نصفان كان الشرط باطلاً وما بقي فهو بينهما على اثني عشر سهماً^(١٠) خمسة للذي شرط له ثلثي الثلث من نصيبه وسبعة للآخر. أما جواز المضاربة؛ فلما قلنا آنفاً.

وأما استحقاق المضارب ثلث الرّبح ثلثه من نصيب أحدهما وثلثاه من نصيب الآخر؛ فلأن المضارب إنما يستحق الرّبح بالشرط وقد شرط الرّبح له^(١١) من نصيبهما على التّفاوت.

وأما بطلان ما بقي من الشروط وقسمة الباقي بينهما على اثني عشر سهماً، فلأن الذي شرط للمضارب ثلثي الرّبح من نصيبه فقد [شرط لنفسه]^(١٢) بعض الرّبح من نصيب صاحبه يظهر [لك]^(١٣) بالحساب فاجعل جميع الرّبح^(١٤) على ستة أسهم^(١٥) لحاجتنا إلى حساب^(١٦) له نصف وثلث فإن الرّبح سهماً نصفان، وقد شرطاً للمضارب الثلث وأقل ذلك ستة: للمضارب من ذلك سهماً ثلثه من نصيب أحدهما، وذلك سهم، وثلث سهم وثلثه من نصيب الآخر وذلك ثلثا سهم [فانكسر الحساب بالثلث]^(١٧)، فاضرب مخرج الذي انكسر عليه الحساب وذلك ثلثه [في أصل الفريضة وذلك ستة]^(١٨)، فصار ثمانية عشر، فصار جميع الرّبح ثمانية عشر، الثلث من ذلك للمضارب ستة ثلثاه من نصيب أحدهما وذلك أربعة، والثلث من نصيب الآخر وذلك اثنان بقي ستة عشر^(١٩) تقسم بينهما على قدر ما بقي من حق كل واحد منهما في الرّبح، وقد بقي من حق الذي شرط للمضارب ثلثا^(٢٠) الرّبح خمسة؛ لأنه شرط من نصيبه للمضارب أربعة ونصيبه نصف الرّبح وذلك تسعة^(٢١) بقي حقه في الرّبح خمسة، والذي شرط للمضارب ثلث الرّبح بقي حقه في سبعة^(٢٢)؛ لأنه

- (١) في «ج»: لأن الشركة . . . الفاسدة: ساقطة. وفي «د»: لفظة الفاسدة غير موجودة وكلاهما في «أ» الأصل المعتمد.
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «ج»: وإذا انتفت الشركة: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة.
(٧) في «ج»: وهذا. (٨) في «ج»: مما. (٩) في «ج»: ثلاثة.
(١٠) في «ج»: ساقطة. (١١) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٢) في «أ»: ساقطة.
(١٣) في «أ»: ساقطة. (١٤) في «ج» و«د»: ذلك إشارة إلى الرّبح.
(١٥) في «ج» و«د»: أسهم، وفي «أ»: أشهر ولعله نصيب وقد أثبتنا الأول.
(١٦) في «ج»: حساب: ساقطة. (١٧) في «أ»: ساقطة. (١٨) في «أ»: ساقطة.
(١٩) في «ج» و«د»: اثني عشر. (٢٠) في «ج» و«د»: ثلثي. (٢١) في «د»: سبعة.
(٢٢) في «ج» و«د»: تسعة.

شرط للمضارب من نصيبه سهمين ونصيبه نصف الزبح وذلك تسعة بقي حقه في^(١) سعة وإذا شرطاً أن يكون الباقي بينهما نصفين صار الذي شرط للمضارب الثلثين من نصيبه شرطاً^(٢) لنفسه بعض الزبح من نصيب صاحبه وذلك سهم وليس له^(٣) في ذلك رأس مال ولا عمل فلا يصح الشرط فصار كالمسكوت عنه فيقسم الباقي^(٤) على اثني عشر.

ولو دفع إلى رجل مالاً مضاربة، وقال: الثلث لمن شاء المضارب فهو لرب المال؛ لأن المشروط له وهذا الثلث مجهول وهذا يمنع صحة الشرط فصار كالمسكوت عنه وليس هذا كمن أوصى ثلث ماله، وقال للوصي: ضع ثلث مالي حيث شئت صح^(٥) كان للوصي أن يضعه عند نفسه^(٦) كما كان له أن يضع عند غيره؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية.

ولو دفع إليه [ألفاً]^(٧) درهم على أن يخلطها بألفه^(٨) فيعمل بهما بالثلثين كانت المضاربة على الثلث للمضارب ثلثاه؛ لأن المضارب يأخذ نصف الزبح بإزاء ماله وثلث^(٩) الزبح وهو سدس كل الزبح بإزاء عمله فتكون المضاربة بالثلث ويحصل له ثلثا ربح الجملة.

ولو اشترط رب المال ثلثي الزبح لنفسه لم يجز وكان نصفين؛ لأن رب المال لما^(١٠) شرط ثلثي ربح الألفين لنفسه فقد شرط أن يكون ربح ماله كله له فيكون هذا إبطاعاً منه، وشرط أن يكون ثلث ربح مال المضاربة لنفسه وهذا الشرط باطل فصار كالمسكوت عنه ولا يبطل العقد بهذا الشرط لما قلنا غير مرة.

ولو شرط نصفه فهو بضاعة في يده، لأن تقدير هذا [العقد]^(١١) كان رب المال قال: اعمل في ألفي بعد الخلط ليكون ربح ذلك كله لي فيكون إبطاعاً منه إياه^(١٢).

ولو قال: على أن تشتري بالتقدي وتبيع، فاشتري بالنسيئة فقد خالف؛ لأنه شرط عليه شرطاً مفيداً، فاعتبر، ولو شرط عليه النسيئة كان له أن يبيع بالتقدي، وكذلك لو قال للمضارب: لا تبعه بالتقدي كان له أن يبيع بالتقدي^(١٣)؛ لأن اشتراط النسيئة لا يفيد؛ لأنه لو باع نسيئة كان للمشتري أن يعجل الثمن فيصير نقداً، وليس للبائع الامتناع عن قبوله فلا يفيد تقييده، فإن باع نقداً بمقدار لا يباع بذلك^(١٤) نسيئة يجوز، وهو الصحيح؛ لأن له أن يبيع بالنسيئة قل الثمن أو كثر، فإذا باع نسيئة كان للمشتري أن يعجل الثمن فيصير نقداً. فرق بين هذا وبين الوكيل بالإسلام في الطعام إذا اشترى حنطة معينة^(١٥) حيث لا يجوز؛ لأن الشرط [المسلم]^(١٦) مفيد حتى إذا استحق رجع بمثله فلو وجد به^(١٧) عيباً يرجع بمثله ولا يفسخ العقد، وقد ذكرنا بعض الشروط المفسدة للمضاربة فيما تجوز المضاربة وفيما لا تجوز.

(١) في «ج» و«د»: في: ساقطة. (٢) في «ج»: أن يكون الباقي... من نصيبه شرطاً: ساقطة.

(٣) في «ج» ساقطة. (٤) في «ج» و«د»: الباقي، وفي «أ»: الثاني، وأثنا الأول.

(٥) في «ج» ساقطة. (٦) في «د»: لنفسه. (٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج» بالنصف. (٩) في «ج»: سدس. (١٠) في «ج» و«د»: ما.

(١١) في «أ»: ساقطة. (١٢) في «ج»: ساقطة. (١٣) في «ج»: كان له أن يبيع بالتقدي: ساقطة.

(١٤) في «ج»: بمقدار... بذلك. ساقطة. (١٥) في «ج»: معينة. (١٦) في «أ»: ساقطة.

(١٧) في «ج» و«د»: ساقطة.

وأما فيما يقع الربح بين رب المال والمضارب وفيما لا يقع:

مضارب اشترى دقيقاً بمال المضاربة ثم إن رب المال أعطاه دقيقاً آخر وقال له: احطه بهذا الدقيق وبعه على ما تواضعنا فالمسألة على وجهين، إما إن خلطه وباعه مخلوطاً أو لم يخلط وباعه كذلك، فإن خلطه فمقدار لدقيق الذي كان في المضاربة على ما شرطاً في المضاربة وثمن الدقيق الآخر كله لرب المال؛ لأنه ثمن ملكه فله ربحه وعيبه وضيعته وللمضارب أجر المثل وإن لم يخلطه بمال المضاربة فله أجر مثله في ذلك؛ لأنه ابتغى بعمله عوضاً ولم ينل، فكان له أجر المثل. والله أعلم.

وأما فيما يصح نهي رب المال للمضارب وفيما لا يصح إلى آخره:

ولو اشترى بمال المضاربة عبداً، ثم قال له^(١) رب المال: لا تعمل به إلا في الحنطة كان له أن يشتري بالعبد نوعاً بعد نوع؛ لأن النهي لم يعمل للحال بل يقف إلا أن يصير رأس المال باضاً أي صار نقداً؛ لأن النهي فسخ المضاربة وفسخ المضاربة على العروض لا يصح فإذا لم يصح كله له أن يشتري بالعبد ما بدا له من الأنواع، ولو صار عنده دراهم لم يجز أن يشتري لها إلا الحنطة؛ لأنه لو نهاه عن الكن توقف الفسخ إلى أن يصير المال نقداً أو دنائير^(٢) [فإذا صار نقداً]^(٣) نفذ الفسخ^(٤) فإذا نهاه عنها وراء الحنطة يجب أن يكون كذلك اعتباراً للبعوض بالكل، وله أن يشتري بالدرهم الدنانير إن كان رأس ماله^(٥) دنائير؛ لأنه لما صار المال نقداً دنائير نفذ^(٦) الفسخ فلزمه رد رأس المال، ولا يتوصل إلى رد رأس المال إلا وأن يشتري به دراهم.

ولو كان في مصر اشترى هناك متاعاً فنهاه رب المال أن يخرج المال منه فأقبل به إلى مصر آخر بعدما نهاه بضمن ما هلك من المتاع ونفقت عليه خاصة، ولو لم يهلك وباعه جاز يبعه. فرق بين النهي عن السفر حيث يصح وبين النهي عن التصرف ومال المضاربة عروض حيث لم يصح^(٧) حتى لو تصرف بعد النهي صح، والفرق: وهو أن النهي عن التصرف إنما [لم]^(٨) يصح؛ لأن البيع صار حقاً للمضارب فيمكنه^(٩) تحصيل رأس المال وحصته في الربح فيرد رأس المال من حيث البقين والإحاطة يأخذ حصته من الربح كذلك فكان النهي مبطلاً لهذا الحق فلم يصح كالتزامه إذا نهى العدل عن البيع، فأما السفر: لم يصح حقاً للمضارب^(١٠)؛ لأنه يمكنه بيع العروض وتحصيل رأس^(١١) المال في مكان النهي فلم يكن مطلقاً فصح ومتى صار غاصباً بالإخراج فلا يستوجب النفقة.

- | | |
|-------------------------------|--|
| (١) في «ج» ساقطة. | (٧) في «ج» و«د»: يصح، وفي «أ». يصلح، وأثبتنا الأول |
| (٢) في «ج» و«د»: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «أ» و«د»: ساقطة. | (٩) في «ج» و«د»: لم يمكنه. |
| (٤) في «د»: نفذ الفسخ: ساقطة. | (١٠) في «ج»: مضارباً. |
| (٥) في «د»: رأس المال. | (١١) في «ج» و«د»: رأس المال، وفي «أ»: رب المال، وأثبتنا الأول. |
| (٦) في «ج»: فقد. | |

ولو أخرج المتاع فأقبل به إلى ^(١) مصر آخر قبل أن يبلغه نهييه ثم بلغه نهييه فلا ضمان عليه؛ لأنه لم يصير غاصباً بالإخراج وإنشاء السفر فلا يضمن ويستوجب الثقة في مال المضاربة؛ لأنّ النهي لا يبطل الثقة الواجبة وبعد النهي لم يوجد ^(٢) منه إنشاء السفر.

ولو نهاء عن إخراج المتاع إلى مصر ربّ المال فخرج بالمتاع إلى مصر ربّ المال لا يضمن ونفقه على المضارب ^(٣) استحساناً.

وجه القياس. أن ينشئ سفرأ من هذا الموضع بعد النهي فوجب أن يضمن كما لو خرج بالمال إلى مصر آخر سوى مصر ربّ المال.

وجه الاستحسان: أنه ينشئ سفرأ ليردّ رأس المال فإنّه لا بدّ له من ردّ رأس المال إلى ربّ المال فيعتبر إنشاء السفر لردّ رأس المال بإنشاء التصرف لردّ رأس المال بعد نهي ربّ المال، ولو أنشأ بأن كان مال المضاربة دنانير ورأس المال دراهم فباع بالذنانير بالذراهم بعد النهي لم يضمن فكذا هنا، بخلاف ما إذا خرج إلى مصر آخر؛ لأنه أنشأ السفر لا لردّ رأس المال بعد النهي.

ولو أنشأ ^(٤) التصرف لا لردّ رأس المال بعد النهي بأن كان رأس المال دنانير وفي يده دراهم فباع بالحنطة يضمن فكذا هنا، وكذلك لو نهاء عن البيع والشراء، فخرج بالمتاع إلى مصر ربّ المال لم يضمن، وكانت نفقته على المضارب ^(٥)؛ لأنّ النهي عن التصرفات يهي ^(٦) عن التصرف وعن المسافرة والنهي عن التصرف لم يصح فبقي مضارباً فإذا خرج بالمال إلى مصر ربّ المال لم يضمن ويستوجب الثقة كما لو ^(٧) نهاء عن المسافرة نصاً ^(٨)، ولو كان المضاربة في يدي المضارب دراهم أو دنانير فنهاه ربّ المال فخرج بالمال إلى مصر ربّ المال لم يضمن إلّا أن نفقته عليه خاصة دون المضاربة ^(٩). أما عدم الضمان؛ فلاّنه أنشأ السفر لردّ رأس المال، وأما الثقة عليه؛ [فلأنّ ربّ المال نهاء عن الخروج فكانت نفقته عليه] ^(١٠) فرق بين هذا وبينما إذا كان في يده عروض، والفرق: أنه متى نهاء ربّ المال عن التصرف ورأس المال نقد لم يبق المضارب مضارباً.

ألا ترى: أنه لو اشترى به شيئاً لم يصح فصار مودعاً، والمودع لا يستوجب ^(١١) الثقة في مال المودع فأما إذا كان عروضاً بقي مضارباً والمضارب يستحق الثقة في مال المضاربة.

ولو كانت المضاربة ديناً ^(١٢) فنهاه ربّ المال عن التقاضي، وقال: أنا أنقاضي ^(١٣) له يكن له أن ينهاء إن كان فيه فضل، وإن لم [يكن فيه] ^(١٤) فضل كان له أن يمنعه حتى لا

- | | |
|--|---------------------------|
| (١) في وجه: على. | (٨) في وجه: ساقطة. |
| (٢) في وجه: ويستوجب الثقة... لم يوجد: ساقطة. | (٩) في وجه: المضارب. |
| (٣) في وجه: واد: المضاربة. | (١٠) في داء واد: ساقطة. |
| (٤) في وجه: وإنشاء. | (١١) في وجه: لا يستحق. |
| (٥) في وجه: واد: المضاربة. | (١٢) في وجه: واد: دنانير. |
| (٦) في وجه: التصرفات نهي: ساقطة. | (١٣) في وجه: إن التقاضي. |
| (٧) في داء: لو: ساقطة. | (١٤) في داء: ساقطة. |

ينفق منه وأحبر المضارب على أن يحيل رب المال عليهم، والفرق أن القصاص^(١) حق المضارب، لأنه من حقوق العقد وهو العاقد لكن لو راعينا حق المضارب في التقاضي محتاج إلى إيجاب الثقة على رب المال في مال المضاربة للمضارب في مدة^(٢) التقاضي، وفي ذلك إبطال بعض مال المضاربة على رب المال فكان إبطال^(٣) حق المضارب في التقاضي فإنه مجرد حق أولي فهذا الدليل يقتضي أن يجبر^(٤) المضارب على أن يحيل رب المال عليهم في المصلين جميعاً إلا أنه إذا كان فيه فضل لا يمكن جبر المضارب على أن يحيل؛ لأنه لو أجبر إما أن يجبر على الإحالة بجميع الدين أو بمقدار رأس المال وحصته من الربح، لا وجه إلى الأول [لأن]^(٥) بعض الدين ملك المضارب، ولا وجه إلى الثاني؛ لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض وأنها باطلة. والله سبحانه وتعالى أعلم

الفصل الثالث

[فيما هو في معنى المضاربة، وفيما للمضارب أن ينفق

على نفسه من مال المضاربة وفيما ليس

له أن ينفق إلى آخره]^(٦)

[أما]^(٧) فيما هو في معنى المضاربة إلى آخره:

امرأة دفعت إلى امرأة دوداً لتقوم بنفقتها على أن الفيلق بينهما نصفان^(٨) فهذا بمنزلة المضاربة بالعروض والفيلق^(٩) كان^(١٠) لصاحب الدود وعليها^(١١) أجر مثل العامل وثمن لأوراق؛ لأنها مضاربة فاسدة، والله أعلم

وأما فيما ينفق المضارب على نفسه من مال المضاربة وفيما لا ينفق ما دام المضارب في مصره وأمله:

وإن كان في مصر مقيماً^(١٢) لم يكن له أن ينفق على نفسه من مال^(١٣) المضاربة إلا أن يسافر بأمره؛ لأن إقامته في مصره ليس لأجل المضاربة^(١٤)؛ لأنه كان مقيماً قبله^(١٥) فلم

(١) في آية: التقاضي. (٢) في آية: في هذه. (٣) في آية: ساقطة، وهي في آية: وآية. (٤) في آية: وآية: يخير (٥) في آية: ساقطة. (٦) في آية: وهي من العنوان كما هو في آية: وآية. (٧) في آية: ساقطة وهي في آية. (٨) في آية: ساقطة. (٩) في آية: ساقطة. (١٠) في آية: ساقطة. (١١) في آية: وعليه، وفي آية: وعلى. (١٢) في آية: مقيماً، وفي آية: عطيماً، والمثبت الأول. (١٣) في آية: أصل. (١٤) في آية: المضارب. (١٥) في آية: قبلها.

يصير محبوساً بعمل المضاربة فلا تجب نفقته في مال المضاربة، كما دفع إلى رجل مالا ليحج به عنه وكان في مصره يشتري أسباب الحج لا تكون نفقته في ذلك المال، فكذا هـ. فإذا سافر صار محبوساً بعمل المضاربة فتجب النفقة في مال المضاربة. فرق بين المضارب وبين الشريك، فإن نفقة الشريك إنما تجب في ماله، والفرق: أن وجوب النفقة للمضارب في مال المضاربة متى صار محبوساً بعمل المضاربة عرف بالعرف، والعرف الثابت في المضارب بإيجاب النفقة له^(١) في مال المضاربة متى صار محبوساً بعمل المضاربة حتى لا يضيع عمله فإنه عامل لغيره من كل وجه لا يعتبر وارداً في الشريك دلالة وأنه عامل في ماله وما أنفق في سفره في دوائه وحجامة، أو يشتري جارية لخدمته^(٢) [فهو]^(٣) في^(٤) مال خاصة؛ لأن ثمن الأدوية وأجرة الحجامة وثمان الجارية للخدمة مما لا يحتاج إلى ذلك في عموم الأوقات فلم يكن في معنى النفقة؛ لأنها اسم لما لا بد للإنسان منها في عموم الأوقات فإذا لم تكن في معنى النفقة لا يستحق^(٥) المضارب^(٦) في مال المضاربة.

ولو استأجر أجيراً لخدمته في سفره أو ليخبز له^(٧) أو يطبخ له^(٨) أو يغسل ثيابه ونحو ذلك مما لا بد منه فهو على المضاربة؛ لأن هذا مما لا بد للإنسان منه^(٩) في عموم الأوقات فكان من جملة النفقة وكان^(١٠) بمنزلة [نفقة]^(١١) خادم المرأة حيث يجبر^(١٢) الزوج لما قلنا.

وكذلك لو خرج مسيرة يوم أو يومين نحو السواد أنفق من مال المضاربة، لأنه خرج من وطنه لعمل المضاربة فيستحق النفقة في مال المضاربة كما لو كان بينه وبين مقصد مسيرة سفر، ولو خرج إلى مصر آخر له فيه أهل أنفق من المال ما دام في الطريق؛ لأنه خرج من مصره لعمل المضاربة فإذا أتى أهله في مصر آخر أنفق من مال نفسه؛ لأنه مقبض في مصره فلا يستوجب النفقة في مال المضاربة، كما لو كان في مصره الأول، وكذلك لو كان بالكوفة، ووطن المضارب^(١٣) بالبصرة ولا وطن له بالكوفة أنفق من مال نفسه بالكوفة^(١٤) حتى يخرج منها؛ لأن^(١٥) المضارب إنما يستحق النفقة في مال المضاربة متى^(١٦) سلم نفسه لعمل المضاربة من كل وجه بالعرف ودا بالخروج من^(١٧) وطنه الذي يقيم فيه ذلك ولم يوجد فإن خرج إلى البصرة ثم عاد إلى الكوفة أنفق من مال المضاربة؛ لأنه خرج من وطنه الذي كان فيه ولم يته إلى وطنه بوصله إلى الكوفة^(١٨).

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ح» و«د»: للخدمة. (٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: ساقطة. (٥) في «ح»: لأنها اسم... لا يستحق: ساقطة.

(٦) في «ج» و«د»: المضارب، وفي «أ»: المضاربة، وأثبتنا الأول.

(٧) في «ح» و«د»: يخبز له، وفي «أ»: يخبره، وأثبتنا الأول.

(٨) في «ج» و«د»: الطبخ له، وفي «أ»: الطبخ، وأثبتنا الأول. (٩) في «ج» و«د»: سها.

(١٠) في «ج» و«د»: رصار. (١١) في «أ»: ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: تجب على، وكلمة على غير موجودة في «أ»، لأن الفعل يتعدى بنفسه.

(١٣) في «د»: المضارب. (١٤) في «د»: ساقطة وهي في «أ» و«ج». (١٥) في «ح»: ساقطة.

(١٦) في «ج» و«د»: إذا. (١٧) في «ج» و«د»: من، وفي «أ»: من، وأثبتنا الأول.

(١٨) في «ج»: ساقطة. (١٩) في «ج»: الكوفة: ساقطة.

ونفقة غلمان رب المال ودوابه على رب المال وإن عملوا^(١) مع المضارب في المال على سبيل الإعانة في الطريق؛ لأن المضارب لو استعان برب المال فأعانه في الطريق لم تكن نفقته في مال المضاربة؛ لأنه معين للمضارب ونفقة المعين في ماله لا على المستعين فكذا إذا استعان بغلمانه ودوابه؛ لأن عمل هؤلاء وهؤلاء مملوك لرب المال كعمل رب المال لنفسه ونفقة غلمان المضارب على المضاربة ما داموا في عمل المضاربة مثل نفقته؛ لأن عمل عبيده وأنه مملوك للمضارب كعمل المضارب، والمضارب لو عمل خارج المصر استحق النفقة فكذا هنا.

وكذلك لو جلس المضارب في مصره وبعث غلمانه إلى مصر آخر؛ لأن عمل عبد المضارب خارج المصر وأنه مملوك المضارب من كل وجه كعمل المضارب بنفسه خارج المصر، ولو أبضعه مع رجل آخر كان نفقة المستبضع عليه خاصة دون المضارب^(٢)؛ لأن المستبضع معين ونفقة المعين في ماله لا على المستعين.

وكذلك إذا أبضعه رب المال؛ لأن رب المال معين للمضارب بنفسه ولا تفسد بهذا المضاربة؛ لأن المضاربة قد صحت بالتحلية بين المضارب والمال فلا تفسد بعود المال إلى يد رب المال. ثم فرق بين هذه المسألة في استحقاق النفقة وبين الأجير إذا دفع المال إلى المستأجر ليعمل حيث لا يجب الأجر^(٣). وسيأتي الفرق في موضعه إن شاء الله تعالى.

ولو خرج المضارب بماله ومال المضاربة كان حصة المضاربة من النفقة على المضارب^(٤) وحصة ماله عليه خاصة؛ لأنه خرج من وطنه لأجل المالكين وسلم نفسه لعمل المالكين فكان نفقته على قدر المالكين، وصار هذا كرجل^(٥) دفع عشرة آلاف درهم إلى رجل ودفع آخر إلى ذلك الرجل ألفاً فسافر بهما كان نفقته في مالهما على أحد عشر جزءاً كذا هنا، وفي المضاربة الفاسدة ما أنفق في سفره فهو عليه خاصة؛ لأنه أجير، ولا نفقة للأجير.

ولو أنفق المضارب في سفره أكثر من مال المضاربة كان الفضل عليه خاصة؛ لأنه لو كان على رب المال لصار ديناً على رب المال وهو لا يملك ذلك.

المضارب إذا سافر بالمال للعمل فنفقته وما يكتري لركوبه وما ينفق على نفسه من كسوة وطعام وما يشربه وأجر أجير يخدمه وثوب يلبسه وفراش ينام عليه وعلف دابة^(٦) يركب على^(٧) السفر وغسل ثيابه وشراء دابة يركبها في مال المضاربة؛ لأنه سافر لأجل المال وصار محتسباً^(٨) به^(٩) فيكون مؤنته فيه^(١٠) وثمن النورة والذهن فهو في ماله كضمن الحجامة والدواء، وقال محمد رحمه الله تعالى: الذهن في المال؛ لأنه يستعمل غالباً،

(٦) في دابة: دوابه.
(٧) في دابة: دابة.
(٨) في دابة: محتسباً.
(٩) في دابة: ساقطة.
(١٠) في دابة: ساقطة.

(١) في دابة: عمل.
(٢) في دابة: المضاربة.
(٣) في دابة: ساقطة.
(٤) في دابة: المضاربة.
(٥) في دابة: كرجل.

وروى الحسن رحمه الله تعالى . إذا احتجم أو أظلى أو اختضب أو أكل فاكهة مثل ما يصح التجار فذلك في المضاربة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه مثل عن اللحم، فقال كما كان يأكل وإن أنفق المضارب من مال نفسه رجع في مال المضاربة؛ لأن نفقته في المال فله أن ينفق من موضع آخر ليرجع فيه كالوصي إذا^(١) أنفق من مال نفسه على الضي ليرجع في ماله. ذكر الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى في «العيون»: الشريك إذا سافر عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: أن حكمه وحكم المضارب سواء، وأكثر المشايخ فرقوا بينهما: وقد ذكرنا وجه الفرق، فإن هلك^(٢) المال^(٣) لم يرجع على رب المال؛ لأنه محل حقه وهو رأس المال.

ولو نوى الإقامة في مصر فله الثقة؛ لأنه محتبس بمال^(٤) المضاربة ولا تبطل نفقة إلا بإقامته في مصره أو مصر يتخذ داراً، وما أطلق للمضارب من الثقة فذلك بالمعروف على ما تعارفه التجار. فإن تجاوز ضمن^(٥) الفضل؛ لأن الإطلاق كان باعتبار العادة، وإن رجع المسافر إلى مصره رد ما فضل عنده من الكسوة والطعام إلى المضاربة؛ لأنه رال احتباسه بالمال فبطل حكمه.

وإذا مات رب المال فساغر المضارب بمال المضاربة^(٦) [أو خرج^(٧) من مصر إلى مصر آخر سوى مصر رب المال لا نفقة له في مال المضاربة، ويضمن المال علم أو لم يعلم.

وأما فيما يصح^(٨) فسخ المضارب عقد المضاربة وفيما يقع فسخاً وفيما لا يقع:

رب المال إذا فسخ المضاربة ورأس المال صار عروضاً لا ينفذ الفسخ وإذا صار دراهم ينفذ ذلك. وقد ذكرنا قبل هذا.

رجل دفع إلى رجل مالا^(٩) مضاربة، فقال المضارب: لم تدفع لي شيئاً، ثم قال: قد دفعت إلي ثم اشتري بها بعد ذلك فهو على المضاربة فإن ضاعت إما^(١٠) أن ضاعت قبل الشراء أو بعد الشراء فإن ضاعت قبله ضمن؛ لأنه لما جحد صار غاصباً، فإذا هلك، هلك عليه، وإن اشتري بها شيئاً ثم ضاعت يبرأ عن الضمان استحساناً؛ لأنه رد الأمانة، والقياس: أن يضمن على كل حال، ولو جحد ثم اشتري ثم أقر فهو ضامن وله ما اشتري؛ لأن الشراء بعد الجحد واقع له وهو ضامن لرأس المال، وكذلك لو وكله بأن يشتري له عبداً بغير عينة بألف درهم وأعطاه الألف فجحد^(١١) ثم أقر؛ ولو وكل وكيله في شراء عبد بعينه فاشتري في حالة الجحد أو بعدما أقر فإن العبد للأمر؛ لأنه وكله بشراء شيء.

(١) في «ج»: ساقطة.

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «ج»: يملك.

(٨) في «ج»: المضاربة.

(٣) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: ساقطة.

(٤) في «ج»: لمال.

(١٠) في «ج»: إن ضاعت إما: ساقطة، وهي في

(٥) في «ج»: ثمن.

«أ» و«د».

(٦) في «ج»: لأنه زل... المضاربة: ساقطة. (١١) في «د»: ساقطة.

بعينه^(١)، ولو وكله ببيع عبد له [بعينه]^(٢) ودفع إليه العبد فجحدته ثم أقر به فالبيع جائز، وهو بولي من^(٣) الضمان؛ لأنه وجد الرد إلى يد الأمين.

ولو باعه ثم أقر قال في القياس: ينبغي أن يجوز؛ لأنه ظهر أن يده^(٤) [كانت]^(٥) يد أمين.

وأما فيما يبطل به المضاربة وفيما لا يبطل:

ولو ارتد المضارب والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب والمال معه فاشتري وباع هناك ثم عاد مسلماً كان المال كله له ولا ضمان عليه. أما المال كله له؛ لأنه تصرف بعد انتهاء عقد المضاربة؛ لأن عقد المضاربة مقيدة بدار الإسلام فيصير متصرفاً لنفسه وأما لا ضمان عليه؛ لأنه بالتصرف صار مستهلكاً مال رب المال في دار الحرب والمرتب إذا استهلك ماله مسلم في دار الحرب لا يضمن وقد مر.

ولو دخل حربي دار الإسلام بأمان فأخذ مالاً مضاربة ثم دخل دار الحرب ثم عاد وقد خلف المال وديعة عند رجل ثم اشترى به وباع فهو له [كله]^(٦) ويضمن رأس المال. أما المال كله له؛ لأنه تصرف بعد انتهاء^(٧) عقد المضاربة؛ لأن المضاربة مقيدة بدار الإسلام وأما [أن]^(٨) يضمن رأس المال؛ لأنه استهلك مال المسلم بالتصرف في دار الإسلام وهو مستأن فيضمن.

ولو دخل الحربي دار الحرب مع المال بإذن رب المال فهو على المضاربة؛ لأن المضاربة إنما تقيدت بدار الإسلام دلالة؛ لأنه إنما يأتى في ماله ما دام لا يستحل ماله بحكم عقد الأمان^(٩) ولا قوام للدلالة مع الصريح.

ولو دفع حربي إلى مسلم مالاً مضاربة ثم دخل المسلم دار الحرب فهو على المضاربة؛ لأن عقد المضاربة لم^(١٠) يتقيد بدار الإسلام.

ولو دخل مسلم أو ذمي دار الحرب فلفغ إليه حربي أو دفع إلى حربي مالاً مضاربة بربح مائة درهم جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، فإن ربح مائة كانت له. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: المضاربة فاسدة؛ لأن هذه مضاربة فاسدة وكل عقد فاسد وبا وهو [باطل إذا دخل دار الحربي وأربى مع الحربي كانت المسألة على الاختلاف]^(١١) ولو دفع مسلم إلى رجل قد أسلم في دار الحرب مالاً مضاربة بربح مائة جاز في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز؛ لأنه لو أربى معه كانت المسألة على هذا الاختلاف كذا هنا.

- | | |
|-------------------------------------|----------------------|
| (١) في رد: فاشتري في حالة الجحود... | (٦) في دا: ساقطة. |
| بعينه: ساقطة. | (٧) في وجا: ساقطة. |
| (٢) في دا: ود: ساقطة. | (٨) في دا: ساقطة. |
| (٣) في رد: عن. | (٩) في وجا: الأمانة. |
| (٤) في رد: ساقطة. | (١٠) في وجا: لا. |
| (٥) في دا: ساقطة. | (١١) في دا: ساقطة. |

وأما في كيفية^(١) القسمة بين المضارب ورب المال وفي جوازها:

لا تصح قسمة الزبح حتى يستوفي رب المال رأس ماله؛ لأن الزيادة على الأصل لا تكون إلا بعد سلامة الأصل ولو اقتسم رب المال والمضارب الزبح أولاً وأخذ رب المال خمسمائة من الزبح والمضارب مثلها وحصة كل واحد [منهما]^(٢) أكثر من ذلك أو أقل ثم هلك ما في يدي المضارب فإنه يجعل ما أخذ رب المال من رأس ماله فإن لم يتم ضم ما أخذ المضارب حتى يتم فإن فصل شيء^(٣) من الزبح لأن قسمة الزبح قبل قبض رب المال [رأس المال]^(٤) موقوفة؛ لأن حال المقسوم قبل قبض رب المال رأس المال^(٥) موقوف^(٦) إن بقي الباقي حتى قبض رأس المال كان المقسوم ربحاً فإن هلك تبين أن المقسوم كان رأس المال فظهر أن القسمة باطلة وظهر أن رب المال أخذ خمسمائة رأس المال [والمضارب أخذ رأس المال]^(٧) وقد قبض لنفسه بغير إذن رب المال؛ لأن الإذن كان بشرط أن يكون المأخوذ ربحاً فصار ضامناً وإن اختلفا، فقال المضارب: دفعت إليك رأس المال وهذا ربح وكله رب المال لم يصدق المضارب وقسمة الزبح لا تدل على إقراره بقبض رأس المال؛ لأن المضارب ادعى رد^(٨) رأس المال ورأس المال أمانة في يده ويدعي خلوص الضمان عنه حتى لا يضمن جميع رأس المال بالحدود ويكون القول قول رب المال فيما ينكر دعوى المضارب وهو خلوص الخمسمائة التي قبضها المضارب فأخذ رب المال تلك الخمسمائة.

ولو هلك في يد المضارب ضمن المضارب، ولو زاد رب المال للمضارب سدس الزبح قبل أن يشتري [رب]^(٩) المال أو بعدما اشترى قبل القسمة أو حط المضارب من شرطه سدس الزبح ثم باع بعد ذلك واشترى^(١٠) فإن الشرط الثاني زيادة كانت أو حطاً ينقض^(١١) الشرط الأول ويقتسمان على الشرط الثاني كله.

أما الزيادة من رب المال: فلأن الزيادة من رب المال حصلت حال قيام العقد فتصح كما في المزارعة إذا زاد^(١٢) صاحب البذر الآخر^(١٣) زيادة قبل انتهاء عمل المزارعة.

وأما الحط من المضارب: فلأنه جائز حال ارتفاع العقد فلأن يجوز حال قيام العقد كان أولى.

وأما فيما للمضارب الاستدانة في^(١٤) مال المضاربة وفيما ليس له ذلك إلى آخره:

ولو أمر رب المال المضارب أن يستدين على المال أو على رب المال فاستقرض من

- | | |
|-------------------------------|---|
| (١) في «ج»: تعيين. | (٨) في «ج»: أداء. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: هو. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج» و«د»: ينقض. وفي «أ»: انتقص وأئنا الأول. |
| (٥) في «ج»: رأس المال: ساقطة. | (١٢) في «ج»: أراد. |
| (٦) في «ج»: موقوفة. | (١٣) في «ج»: الأجر. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «ج»: من. |

رجل ألف درهم واشترى بها عبداً كان للمضارب خاصة؛ لأن المضارب صار مستقراً^(١) لنفسه فصار مشترياً [العبد]^(٢) بمال العين لا بالدين فصار مشترياً لنفسه. ولو أمره أن يستدين على المال فاشترى بالمضاربة متاعاً واستكرى^(٣) دواب فحملها عليها بمائة درهم كانت المسألة شركة إن باع المتاع مربحة قسم على أحد عشر جزءاً [عشرة]^(٤) مضاربة وجزء شركة؛ لأنه اشترى الثياب للمضاربة ومنافع الدواب على الشركة؛ لأنه اشترى منافع الدواب بمائة دين فإذا أراد أن يبيع مربحة يصم الكراء إلى رأس المال ويقسم الثمن على أحد عشر سهماً^(٥) فما أصاب عشرة أسهم فهو حصة المضاربة وما أصاب الكراء فهو حصة الاستدانة يؤدي للمضارب من ذلك مائة لصاحب الدواب وما بقي فهو ربح يكون بينهما على ما اشترطا.

ولو استقرض مائة درهم كراء الدواب باع المتاع مربحة على ألف ومائة [عبد أبي حنيفة]^(٦) وقال أبو يوسف ومحمد^(٧) رحمهما الله تعالى: يبيعها على ألف درهم وهو متطوع في الكراء. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إنه استأجر الدواب بالمائة القرص والاستئجار بالمائة القرض^(٨) غير داخل تحت الأمر ألا ترى: أنه لو اشترى بالمائة القرض عيناً صار مشترياً لنفسه فكان هذا من المضارب ومن الأجنبي سواء، ولو فعل^(٩) الأجنبي كان متطوعاً فكذا المضارب، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن للمضارب في الثياب حقاً يضاهي الملك. ألا ترى: أن رب المال لو نهى عن بيع الثياب لم يعمل نهيه كما لو كان المضارب مالكاً للثياب فكان بمنزلة المالك، ولو كان مالكاً واستأجر الدواب للحمل ثم أراد أن يبيع مربحة على الكل كذا هنا.

ولو قصرها المضارب بماله. قال الشيخ الإمام المعروف بخواهر زادة رحمه الله تعالى. يجب أن يكون على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يبيع مربحة على الكل، وعندهما رحمهما الله تعالى: لا.

ولو دفع إليه ألف^(١٠) درهم مضاربة بالنصف ولم يأمره أن يعمل فيه برأيه، فاشترى بها ثياباً تساوي ألف درهم ثم اشترى من ماله صبغاً فصبغها فرب المال بالخيار إن شاء أخذ الثياب وأعطاه ما زاد على الصبغ فيها وإن شاء ضمنه قبة الثياب البيض؛ لأنه خلط ماله بمال رب الثياب بغير إذنه فيصير ضامناً ويكون الجواب فيه كالجواب فيمن غصب ثوباً وصفه وثمة يتخير^(١١) المالك كذا هنا، وإن لم يختار شيئاً من ذلك حتى باعها جاز بيعه؛ لأن الخلاف من حيث الفعل لا يرفع المضاربة فإذا بقيت المضاربة على حالها فإذا باعها، بيعها^(١٢) بإذن رب المال فجاز على المضاربة وبريء عن الضمان كالغصب إذا باع

(١) في نسخة: مستقراً، وفي «أ»: مستقراً، وأثبت الأول. (٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في نسخة: واشترى. (٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «ج»: بينهما.
(٦) في «أ»: غير واردة. (٧) في «ج»: غير واردة وهي في «أ» و«د». (٨) في «ج»: والاستئجار بالمائة القرض: ساقطة. (٩) في «ج»: كفل.
(١٠) في «ج»: ساقطة. (١١) في «ج»: بخير.
(١٢) ساقطة من «ج» و«د» وهي في «أ».

المغصوب بإذن المالك ولو كان يساوي ألفي درهم فإن شاء ضمنه ثلاثة أرباع قيمته أبصر وإن شاء أخذ ثلاثة أرباعه وأعطى ما زاد الضيغ^(١) في ثلاثة أرباعه؛ لأن المضارب ملك ربع الثياب من جهة الزيغ، والمالك لا يضمن قيمة ملكه لغيره وإنما يضمن قيمة ملك غيره. ولو باعها مصبوغة وهلك الثمن في يده لم يضمن^(٢) شيئاً؛ لأنه باعها بإذن المالك فكان الثمن^(٣) أمانة عنده.

ولو اشترى المضارب سلعة بأكثر من مال المضاربة كانت الزيادة للمضارب والمال دين عليه [وله ربحه]^(٤) وعليه وضعيته؛ لأن الاستدانة لا تنفذ على رب المال فتنتفع للمضارب وحده ولو كان رأس المال ألفاً فليس له أن يشتري بالمكيل والموزون والمعدود، لأننا لو جوزناه تكون الاستدانة على رب المال وهو لم يرض بذلك.

ولو اشترى بالذناير نفذ على المضاربة استحساناً، وكذا لو اشترى بالدرهم البصر وفي يده دراهم سود، أو في يده دراهم بيض فاشترى [بدرهم]^(٥) سود؛ لأن هذه الأشياء في حق^(٦) الثمنية كمال واحد، وكذا لو اشترى بالصحاح، وفي يده المكسرة. والله أعلم.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

رجل اتخذ داره حظيرة للأغنام في سكة غير نافذة والجيران يتأقون بنتن ذلك^(٧) السرقين ولا يأمنون على الرعاة فليس لهم في الحكم^(٨) منعه؛ لأنه تصرف في خالص ملكه فليس لأحد أن يمنعه عن ذلك، وقد ذكرنا جنس هذه المسائل قبل هذا.

رجل دفع إلى رجل بضاعة فقطع عليه الطريق وأخذ ماله وبضاعته ثم صالح المقطوع [عليه]^(٩) الطريق اللصوص فيقول: إنما صالحته من أمواله، وقال^(١٠) صاحب البضاعة: بل صالحته من بضاعتي إن كان حين ما قبض سقى شيئاً فهو على^(١١) ما سقى إن سقى الجملة فهو على الجملة على قدر^(١٢) أملاكهم وإن لم يفسر؟ يسأل عن اللصوص إن كان حضوراً فالقول في ذلك: قولهم، وإن كانوا غيباً فلا يقضى عليهم، فإن اتفق صاحب البضاعة والمقطوع عليه الطريق أنهم لم يسموا شيئاً فهو على الجميع. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

- | | |
|--|-------------------------|
| (١) في وجه: ثلاثة أرباعه. . . . الضيغ: ساقطة. (٨) في وجه واده: الحكم، وفي واه: الحكمة، | (٢) في وجه: يستحق. |
| وأنتا الأول. | (٣) في وجه: ساقطة. |
| (٩) في واه: ساقطة. | (٤) في واه: ساقطة. |
| (١٠) في وجه: ويقول. | (٥) في واه: ساقطة. |
| (١١) في وجه: ساقطة. | (٦) في وجه: ساقطة. |
| (١٢) في وجه: يقدر. | (٧) في وجه واده: ساقطة. |

كتاب المزارعة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: فيما تجوز المزارعة وفيما لا تجوز، وفيما تجوز مراعاة أرض البنييم وفيما لا تجوز، وفيما تجوز المعاملة وفيما لا تجوز^(٢)، وفيما يجوز بيع الأرض بغير رضى المزارع وفيما لا يجوز، وفي الشروط المفسدة للزراعة^(٣).

الفصل الثاني: فيما يضمن المزارع وفيما لا يضمن، وفيما يضمن صاحب الأرض والكرم وفيما لا يضمن، وفيما يبرأ المزارع عن ضمان نقصان الأرض وفيما لا يبرأ، وفيما تسقط أجرة الأرض عن المستأجر وفيما لا تسقط، وفيما يكون للمزارع أجر عمله وفيما لا يكون، وفيما للمزارع أن يزرع ثانياً بعد هلاك بعض الزرع وفيما ليس له ذلك، وفيما يجب على المزارع والعامل، وفيما يجب على رب الأرض.

الفصل الثالث: في اختلاف المزارع مع رب الأرض في الزرع وغيره، وفي اختلاف الفارس في الشجر مع غيره، وفيما لأحد الشريكين أن يزرع الأرض المشتركة بإذن صاحبه أو بغير إذنه، وفيما يكون له الزرع وعليه نقصان الأرض وفيما لا يكون له^(٤)، وفيما يكون له الشجر وفيما لا يكون، والحيلة في أن يصير الزرع مشتركاً^(٥) بين المزارع وغيره، وفيما يطيب الزرع للمزارع وفيما لا يطيب، وفيما يجوز أخذ ما تركوا من الزرع في المزارعة والشجر في الشجرة^(٦) وفيما لا يجوز، وفي الأعداء التي تفسخ^(٧) بها^(٨) المزارعة [وفيما لا تفسخ^(٩)]، وفيما يقع بقضاء^(١٠) للمزارعة والمعاملة، [وفيما لا يقع^(١١)]، وفيما إذا مات

(١) في «جاء» و«د»: جملة القول غير واردة.
(٢) في «جاء» و«د»: وفيما تجوز المعاملة وفيما لا تجوز: ساقطة. (٣) في «جاء»: للمزارعة.
(٤) في «د»: وفيما لا يكون له: ساقطة، وهي في «أ» و«جاء». (٥) في «جاء»: في الشجرة.
(٦) في «جاء»: مشتر. ولعل الكلمة وقع سقط في بعض حروفها. (٧) في «جاء»: ساقطة.
(٨) في «جاء» و«د»: تفسخ، وفي «أ»: تفسد، وألبنا الأول. (٩) في «جاء»: ساقطة.
(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «أ»: ساقطة.

المزارع والعامل في بعض المدة وأنفق رب المال على الزرع والتخيل، وفيما يكون متبرعا
وفيما لا يكون، وفيما يجبر المزارع والعامل وفيما لا يجبر، وفيما يجوز من الوكيل في
المزارعة وفيما لا يجوز.

الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة.

(١) في «ج» و«د»: في، وفي «ه»: من، وأثبتنا الأول.

الفصل الأول

فيما تجوز المزارعة وفيما لا تجوز إلى آخره

اختلف العلماء في جواز المزارعة والمعاملة وفسادهما. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: هما فاسدتان وهو قول سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: [هما]^(١) جائزتان إذا استجمعت شرائطهما. وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه: المزارعة المنفردة عن المعاملة لا تجوز وأما تبعاً للمعاملة [جائز]^(٢) بأن كان بين^(٣) التّخيل والكرم أرضاً^(٤) بيض فإن كانت الأرض^(٥) تسقى بماء على حدة والتّخيل والكرم يسقى بماء على حدة^(٦) لا تجوز أيضاً تبعاً للمعاملة قولاً واحداً فإن كانت الأراضي تسقى بماء التّخيل فدفع التّخيل مع الأرض معاملة جاز في أحد قولين، وأما المعاملة في التّخيل أو الكرم^(٧) جائز قولاً واحداً. وأما في غيرهما من الأشجار المثمرة^(٨) فله فيه قولان. ثم عندهما: إنما تجوز المزارعة والمعاملة إذا استجمعت شرائطهما.

وشرائط جواز المزارعة: ستة:

أحدها: كون الأرض صالحة للزراعة.

والثاني: بيان المدة.

والثالث: بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة في الخارج.

والرابع: التّخلية بأن يخلي رب^(٩) الأرض بين الأرض والمزارع^(١٠).

والخامس: بيان من عليه البلر.

والسادس: بيان ما يزرع في الأرض أو يفوض الأمر إليه.

وشرائط جواز المعاملة: أربعة:

أحدها: كون التّخيل صالحة لخروج الثمرة منها.

والثاني: بيان المدة.

والثالث: بيان النصيب على وجه لا يقطع الشركة في الخارج.

- | | |
|---------------------|--|
| (١) في ماء. ساقطة. | (٦) في فجاء: والتّخيل. جدة ساقطة. |
| (٢) في ماء ساقطة. | (٧) في فجاء: مبيع. أو الكرم. ساقطة |
| (٣) في فجاء. ساقطة. | (٨) في فجاء: والثمرة |
| (٤) في فجاء. ساقطة. | (٩) في فجاء: غير واردة. |
| (٥) في فجاء. ساقطة. | (١٠) في فجاء: والمزارعة |

والزرايع: التخلية.

إذا عرفنا هذا فنقول: المزارعة على أربعة أوجه: ثلاثة جائزة، ووجه فاسد.

أما الوجوه الجائزة:

أحدها: أن تكون الأرض والبذر والشيران والآلات كلها من [رب] ^(١) الأرض والعمل

من المزارع.

والوجه الثاني: أن تكون الأرض وما سوى ذلك من المزارع.

والثالث: أن تكون الأرض والبذر من رب الأرض والفدان والآلات من المزارع ^(٢).

والوجه الرابع: وهو الفاسد أن تكون الأرض والفدان والآلات من رب الأرض والبذر

من المزارع فهذا فاسد، وهذا تفريع على قول من يرى جواز المزارعة وهو قول أبي يوسف

ومحمد رحمهما الله تعالى. وروى أصحاب الإماماء عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن

المزارعة جائزة في الوجه الرابع.

رجل دفع [أرضه] ^(٣) مزارعة ولم يبين وقتاً لها فالمزارعة جائزة، وهو على أول السنة

وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى؛ لأن لها وقتاً معلوماً.

رجل دفع أرضه مزارعة سنة فزرعها ورفع غلتها ثم زرع في السنة الثانية بغير إذن

صاحب الأرض فنبت [الزروع أو لم ينبت] ^(٤) فبلغ ذلك إلى صاحب الأرض فأجازه ينظر

إلى عادة أهل تلك القرية إن كان عادتهم أنهم يزارعون المدة بعد المدة من غير مزارعة

جديدة، فهو جائز وإن كان على خلافه لا يجوز؛ لأن في الوجه الأول وجد ^(٥) الرضى

دلالة. وفي الوجه الثاني: لا.

رجل دفع إلى رجل أرضاً وبذراً فباع نصف الأرض ونصف البذر منه فزرع بعض البذر

في نصيبه وبعضه في نصيب البائع فما زرع في أرض نفسه فكله له؛ لأنه حصل من يده

وما زرع في أرض البائع فالخارج بينهما على ما اشترطا على ما هو الحكم في المزارعة.

رجل دفع إلى رجل أرضاً ليزرعها ببذرها جميعاً والبقر من عند الأكار على أن

الخارج بينهما نصفان، ثم إن الأكار شارك رجلاً في نصيبه وعمل معه فسدت المزارعة

وكذلك الشركة والزرع بين الدافع والمدفوع إليه على قدر بذرها، ويفرم المزارع أجر مثل

نصف الأرض وللعامل على المزارع أجر مثل عمله ويتصدق المزارع بما فضل من بذر

وتفقت وما غرم. هذا هو الحكم في المزارعة الفاسدة والشركة الفاسدة.

رجل دفع أرضاً مزارعة وهي خربة على أن يعمرها والبذر منها فزرع فيها مع ^(٦) رب

(١) في نسخة: ساقطة.

(٤) في نسخة: مهذا.

(٢) في نسخة: والوجه الثاني . . . والآلات من المزارع. ساقطة.

(٥) في نسخة: وجه.

(٣) في نسخة: ساقطة.

(٦) في نسخة: على.

الأرض ثلاث سنين فلما زرعا سنة واحدة أخرجه صاحب الأرض فهذه مراعاة فاسدة لموات شروطها، والزرع بينهما على قدر البذر وللمعامل أجر مثله فيما عمر ولصاحب الأرض [مزارعة]^(١) أجر مثل نصف الأرض على الذي استعمل ببذر صاحب العمل.

ولو دفع أرضه مزارعة صحيحة ولم يجدد^(٢) الأرض فذلك جائز ولو ترك [في يده]^(٣) سنين ولم يجدد^(٤) الأرض فذلك جائز، ولو تركه^(٥) في يده سنة ولم يجدد^(٦) فهو جائز على الشروط الماضية؛ لأن الترك دلالة الرضى بما مضى من الشروط.

وأما فيما تجوز مزارعة أرض اليتيم وفيما لا تجوز:

الوصي إذا أخذ أرض اليتيم مزارعة إن كان البذر من جهة اليتيم لا يجوز وإن كان من جهة الوصي يجوز؛ لأنه لما جعل البذر على نفسه يصير مستأجراً أرض اليتيم ببعض الخارج وإجارة الوصي أرض اليتيم من نفسه يجوز^(٧)، ولو جعل البذر على اليتيم يصير مؤاجراً نفسه من اليتيم^(٨)، وإجارة الوصي نفسه من اليتيم لا تجوز. هكذا قال في «النوازل».

وأما فيما تجوز المعاملة وفيما لا تجوز:

رجل دفع كرمًا معاملة، وفيه أشجار لا يحتاج فيه إلى عمل سوى الحفظ إن كان بحال لو لم يحفظ تذهب ثمرها قبل الإدراك جازت المعاملة فيه ويكون الحفظ^(٩) زيادة في الثمار، وإن^(١٠) كان بحال [لا يحتاج إلى الحفظ]^(١١) لا تجوز المعاملة فيه^(١٢) ولا نصيب للمعاملة^(١٣) من ذلك.

ولو دفع شجرة مثمرة معاملة أو كرمًا لم يكن لأحدهما أن يمتنع^(١٤). أما العامل؛ فلأنه أجير والأجير بمنزلة المملوك، والمملوك [يجبر]^(١٥) على العمل، وصاحب التخييل وإن كان مستأجراً فالمستأجر لا يجبر على استيفاء ما ملك بالإجارة لكن بقي اللزوم لحق الأجير؛ لأن بقاءه يفيد حتى إذا ما^(١٦) انقضت المدة استحق الأجير الأجر؛ لأن الأشجار تنمر لا محالة، فكان بقاؤها لازماً لحق الأجير مفيداً بخلاف المزارعة، فإنه إذا امتنع من المزارعة المزارع أو رب الأرض فمن كان البذر من قبله، له أن يمتنع، ومن لم يكن البذر من قبله، لم يكن له أن يمتنع أيهما كان؛ لأن المزارعة في حق من كان من قبله البذر غير لازمة، وفي حق الآخر لازمة؛ لأن من كان البذر من قبله فهو مستأجر، والمستأجر يجبر على قبض المستأجر ليتأكد عليه البدل. أما لا يجبر على استيفاء المنفعة؛ لأنه خالص

(١) في «أ». ساقطة. (٩) في «ح»: حطه.

(٢) في «ج»: تخرج. (١٠) في «ح»: لو.

(٣) في «أ»: ساقطة. (١١) في «ج»: لا يحتاج إلى الحفظ، وفي «أ»: لو لم يحفظ، وأثبتنا الأولى.

(٤) في «ج»: يجرد. (١٢) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «ج»: ترك. (١٣) في «ج»: للمعامل.

(٦) في «ج»: يجرد. (١٤) في «أ»: أن يمتنع.

(٧) في «ج»: ساقطة. (١٥) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة. (١٦) في «ج»: ما: ساقطة.

حقه، ولهذا قلنا: إن من استأجر دار ليسكنها يجبر على القبض ولا يجبر على استيعاب السكس، وإن^(١) كان مخيراً في الزراعة ينفي^(٢) للزوم [وإذا انتفى الزوم]^(٣) لا يجبر الأجر^(٤) على الزراعة فلا يفيد الأجر^(٥)؛ لأن الأجر بعض الخارج وفيما لم يوجد الأجر^(٦) كيف^(٧) يجب الأجر [حتى]^(٨) لو استأجر الأرض للزراعة بدراهم، ثم قال المستأجر: أزرع هذه الأرض حيث لا يجبر على الزراعة ويبقى العقد لازماً لحق الأجر^(٩) [حتى] إذا انقضت المدة وجب الأجر له^(١٠)، وأما من لم يكن البذر من قبله، إن كان مزارعاً فهو أجبر والأجير بمنزلة المملوك، والمملوك يجبر على العمل وإن كان^(١١) صاحب الأرض^(١٢) فقد ملك عليه منفعة أرضه فيجبر على الإيفاء.

ولو دفع إليه أرضاً يفرسها عشرين سنة ما بدا له فما^(١٣) أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان كان الثمر وأصول الشجر بينهما نصفين^(١٤)؛ لأنهما اشترطا أن تكون الأصول والفروع بينهما نصفين فكان الثمر وأصول الشجر بينهما نصفين.

ولو قال: فثمره بينهما نصفان^(١٥) لم يكن للعامل من الأصول شيء إن كان العرس من رب الأرض، وإن كان الغرس من الغارس فأصول الشجر للغارس؛ لأنهما اشترطا أن تكون الفروع بينهما وسكتا عن الأصل^(١٦) فيكون الأصل^(١٧) لمن كان الغرس من جهته.

أما العصفور والقرطم لو لم يشترطا الاشتراك فيهما لم يجز، وساقى القرطم لو اشترطاه^(١٨) لمن كان البذر منه مثل التبن والغرس بجوز؛ لأن الساق أصل والعصفور والقرطم فرع^(١٩) وعدم الاشتراك في الفرع مما يفسد وعدم الاشتراك في الأصل لا متى شرطاً الأصل لمن كان البذر منه، وكذلك البذر والكتان، وكذلك الرطمة وبذرهما؛ لأن أحدهما أصل والآخر فرع فصار^(٢٠) كالتيين مع الحب والغرس مع الثمر.

ولو دفع إليه أرضاً ونخيلاً يزرعها ببذره على أن يقوم على التخيل وله نصف ذلك كله، لم يجز، فإن كان البذر من قبل رب الأرض جاز؛ لأن هذه مزارعة شرط فيها المعاملة، فإن كلمة على كلمة شرط والمزارعة متى شرط فيها المعاملة إن كان البذر من قبل [المزارع]^(٢١) فسلتا، وإن كان من قبل رب الأرض جازتا. أما إذا كان من قبل المزارع

- (١) في «ج»: وإذا. (٢) في «ج»: انتفى. (٣) في «أ»: ساقطة.
 (٤) في «ج»: الآخر. (٥) في «ج»: الآخر. (٦) في «ج»: ساقطة.
 (٧) في «د»: من قوله: وقال أبو يوسف ومحمد: هما جائزتان إذا استجمعت شرائطهما... في بداية العمر الأول من ١٣٧ إلى قوله وفيما لم يوجد الأجر كيف من ١٤٠ غير موجودة وهي في «أ» و«د»
 (٨) في «أ»: ساقطة. (٩) في «ج»: الآخر. (١٠) في «أ» و«ج»: ساقطة.
 (١١) في «ج»: الأجر له: ساقطة. (١٢) في «د»: ساقطة، وفي «أ» و«ج»:
 (١٣) في «ج»: أرض بالتكثير. (١٤) في «د»: مما. (١٥) في «ج» و«د»: ساقطة.
 (١٦) في «ج»: ساقطة. (١٧) في «ج»: الأصول. (١٨) في «ج» و«د»: الأصل.
 (١٩) في «ج»: الاشتراك... لو اشترطاه: ساقطة. (٢٠) في «ج»: تبع.
 (٢١) في «ج»: ساقطة. (٢٢) في «أ»: ساقطة، وفي «د»: المعامل.

لأنهما عقدان، فإن المزارع استأجر الأرض بنصف الخارج على أن يؤجر نفسه من رب الأرض ليعمل في التخليل ببعض الخارج فكانا عقدين: أحدهما إجارة الأرض، والآخر إجارة العامل، وقد شرط أحدهما في الآخر.

وأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض؛ فلأنهما عقد واحد من حيث الحكم والمعنى، وإن كانا عقدين من حيث الصورة؛ لأن المعقود عليه واحد من حيث الحقيقة والمعنى.

أما حقيقة؛ فلأن المعقود عليه منافع العامل^(١) في المزارعة والمعاملة جميعاً، وأما معنى، فلأن في المزارعة: تبييراً وسقياً وحفظاً، وفي المعاملة: تليقياً وسقياً وحفظاً فكانا واحداً من حيث المعنى، والمعقود عليه إن كان واحداً حقيقة ومعنى كان العقد واحداً من حيث الحكم والمعنى؛ لأنه لا يتصور في المعقود عليه في وقت واحد عقدان فصار تقدير هذا العقد كأنه قال: استأجرتك لتررع أرضي وتعمل في نخيلي بنصف الخارج منهما، ولو صرح بهذا كان جائزاً، بمنزلة ما لو قال: استأجرت منك هذين العبد^(٢) شهراً بكذا على أن يخدمني هذا ويؤرع الآخر أرضي؛ جاز.

ولو قال: دفعت إليك هذه الأرض تزرعها ببذرك بالنصف ودفعت إليك هذه التخليل بالنصف وقم على هذا الكرم بالنصف جاز ذلك كله؛ لأن المعاملة هنا معطوفة على المزارعة لا مشروطة فيها، فيجوز العقدان جميعاً كما لو قال: بعتك هذا العبد وأحررتك هذه الدار.

ولو دفع إلى رجل نخيلاً معاملة بالنصف ولم يبين المدة وقعت على أول ثمرة تخرج في أول سنة استحساناً، ولم يجز قياساً؛ لأن المعاملة في معنى المزارعة التي كان البذر فيها من قبل رب الأرض، والمزارعة لا تجوز إذا لم يبين المدة لجهالة المعقود عليه فكذا المعاملة.

وجه الاستحسان: أن مدة المعاملة معلومة عرفاً؛ لأن مطلق المعاملة انصرف إلى أول ثمرة تخرج في هذه السنة لا إلى ما زاد على هذه السنة؛ لأن دخول هذه السنة متيقن وما زاد عليها مشكوك [فيه]^(٣) فلا تثبت الزيادة بالشك، وهذه المدة معلومة؛ لأن العمل ما لا يتقدم ولا يتأخر وقت ابتداء العمل^(٤) في التخليل والكروم في الأماكن كلها وإن تقدم أو تأخر كان يسيراً فلا يعتبر وإذا لم يتقدم ولا يتأخر وقت ابتداء العمل فلا يتقدم ولا يتأخر وقت الانتهاء، وهو وقت الإدراك بخلاف المزارعة؛ لأن المدة لا نصير معلومة فيها وإن انصرف إلى الأدنى؛ لأن ابتداء العمل في المزارعة يتقدم ويتأخر تفاوتاً فاحشاً. منهم من يزرع في الخريف، ومنهم من يزرع في الربيع، وإذا كان الانتهاء [مما]^(٥) يتقدم ويتأخر كان الانتهاء كذلك، وكذلك الرطبة إن كان لها نهاية معلومة بأن دفع أصول رطبة نائمة في أرض له معاملة ولم يبين المدة؛ لأنه إذا كان لجوازاها غاية^(٦) [معلومة]^(٧) تنتهي إليها عرفاً كانت

(١) في نسخة: واد. وقت ابتداء العمل: ساقطة.

(٢) في نسخة: واد. ساقطة.

(٣) في نسخة: واد. ساقطة.

(٤) في نسخة: واد. ساقطة.

(٥) في نسخة: واد. ساقطة.

(٦) في نسخة: واد. ساقطة.

(٧) في نسخة: واد. ساقطة.

(١) في نسخة: واد. العمل.

(٢) في نسخة: واد. العبد^(٢) وفي نسخة: العبد^(٢).

(٣) في نسخة: واد. ساقطة.

(٤) في نسخة: واد. ساقطة.

(٥) في نسخة: واد. ساقطة.

(٦) في نسخة: واد. ساقطة.

(٧) في نسخة: واد. ساقطة.

مدة^(١) المعاملة معلومة عرفاً ويقع على أول جزء وإن لم تكن معلومة لم يحز؛ لأن مدة^(٢) المعاملة تكون مجهولة عرفاً.

ولو دفع إليه نخيلاً قد أثمرت لا يزيد فيها بعد ذلك على أن يقوم عليها بالتصف لم يحز، وكذلك الزرع الذي أدرك؛ لأن الخارج خرج عن حد النماء، والزيادة وإنما [تتغير]^(٣) الصفة بعد ذلك وإذا لا يحصل بعمله وإنما^(٤) يحصل بعمل الشمس^(٥). وإن لم يدرك والثمر سر فدفع الزرع والنخيل معاملة بالتصف حاز ذلك كله وإن لم^(٦) يبين المدة؛ لأنه جعل آخر عمله بعض ما يخرج من عمله مقصوداً وشيئاً موجوداً تبعاً؛ لأنه لا يمتاز الموحود عما يزداد عن عمله، ويجوز أن يشت بشيء تبعاً لغيره، وإن كان لا^(٧) يثبت مقصوداً.

ولو دفع إليه أصول رطبة قد أدركت وتناهت إلا أن بذرها لم يخرج على أن يقوم عليها حتى يخرج بذرها على أن البذر والأصول بينهما نصفان لم يحز ذلك، وكذلك لو دفع نخيلاً معاملة بنصف الثمر وأصول الشجر؛ لأنه جعل أجره عمله بعض ما يخرج من عمله وشيئاً موجوداً مع ذلك مقصوداً؛ لأن الرطبة^(٨) مما يمتاز عن البذر والنخيل عن الثمر، وهذا يوجب فساد المعاملة.

ولو قال: البذر بيننا نصفان والأصول لصاحبها جاز؛ لأنه جعل أجر عمله بعض ما يخرج من عمله والمدة معلومة^(٩)؛ لأن لإدراك البذر غاية معلومة عرفاً، ولو لم تدرك أصول الرطبة ولم تنبت وهي قراح على أن يقوم عليها حتى يدرك ويخرج بذرها، فتكون الأصول والبذر بينهما نصفين جاز، وإن لم يبين المدة؛ لأن لإدراك أصل الرطبة وخروج البذر نهاية معلومة، وقد جعل أجره بعض ما يخرج من عمله وهو أصل النخيل وأصل الرطبة والبذر؛ لأن أصل الرطبة مما ينمو بفعله في مدة معلومة فيجوز، وصار كمن دفع النخيل معاملة على أن يكون الأصل والثمر بينهما نصفين والنخيل في حد النماء والزيادة بأن لم تدرك ولم تثمر جاز كذا هنا، بخلاف ما إذا أدركت وأثمرت؛ لأنها خرجت عن حد النماء والزيادة من حيث المعنى؛ لأنه ليس لازدياد التحيل غاية تنتهي إليها كما للزرع والثمر غاية، فجعلنا نهايتها البلوغ والحمل، فصار بمنزلة الزرع إذا استحصد.

ولو دفع إليه أرضاً يفرس فيها كرمًا ونحلاً على أن الأرض والشجر والثمر بينهما نصفان لم يحز، وكان الشجر والثمر كله لصاحب الأرض، وعليه قيمة غرسه وأجر مثل عمله.

أما عدم الحواز، فلأن هذه [معاملة]^(١٠) شرطت في شراء فاسد؛ لأن رب الأرض اشترى أغراساً بغير عينها بنصف الأرض على أن يدفع الأغراس إليه معاملة بالتصف؛ لأن

(١) في «ج»: مدة. (٢) في «ج»: واد: هذه (٣) في «ج»: واد: تعتبر
(٤) في «ج»: واد: وإنما وفي «أ»، وإن، والمثبت الأول
(٥) في «ج»: واد: الشمس، وفي «أ»: الشمس، والمثبت الأول. (٦) في «ج»: ساقطة.
(٧) في «ج»: واد: وإن. (٨) في «ج»: الثمرة
(٩) في «ج»: واد: معلومة وفي «أ»: معاملة، وأثبتنا الأول. (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج»: واد:

رب الأرض بذل نصف الأرض بإزاء الأغراس وإبزاء عمل الغراس فيكون بعض الأرض بإزاء الأغراس وبعضه بإزاء العمل على أن يدفع الأغراس إليه معاملة بالتصاف، وأنا الكل لصاحب الأرض؛ فلأن صاحب الأرض صار مشترياً للأغراس ببعض [الأرض] ^(١) بشراء فاسد، فصار قابضاً لها حكماً للاتصال بملكه، فكان له.

وأما عليه قيمة غرسه؛ لأن المشتري شراء فاسداً مضمون.

وأما عليه أجر مثل عمله؛ فلأنه استوفى منفعة عمله بإجارة فاسدة، وكذلك لو شرط رب المال مائة درهم ولم يشترط له من الأرض، بأن قال: أغرسها شجراً وكرماً على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك من شيء فهو بيننا نصفان وعلى أن لك مائة درهم لم يجز، لأنها معاملة شرطت في شراء فاسد؛ لأن شراء الأغراس المجهولة بالذراهم فاسدة كما أن شراء الأغراس المجهولة بالأرض فاسد.

وإن كانت الأغراس من عند رب الأرض وشرط للعامل مائة درهم ونصف الشمر والشجر فذلك كله لرب الأرض، وعليه أجر مثل عمله؛ لأنه جمع للعامل بين الشركة وبين الأجرة فيفسد العقد؛ لأنه استأجره ببعض ما يخرج من عمله وبأجر في ذاته.

ولو دفع إليه أرضه وغرسه وبذره ^(٢) يفرسها ويزرعها بالتصاف على الزارع أيضاً مائة درهم لم يجز، وكان الخارج كله للغراس، وعليه قيمة غرس رب الأرض وبذر مثل بذره وأجر مثل أرضه.

أما عدم الجواز، فلأن هذه معاملة شرطت في شراء فاسد؛ لأن المزارع بذل المائة بإزاء شيتين: بإزاء غرسه وبذره، وإبزاء منفعة أرضه فما يقابل الغرس والبذر يكون شراء وأنه شراء فاسد. وإن كانت الأغراس والبذر مشاراً إليها؛ لأنه شرط في المعاملة، وما يقابل منفعة الأرض يكون إجارة فصار ^(٣) العامل مستأجراً أرضه ببعض الخارج من الأرض وشيء آخر سوى الخارج من الأرض فيكون فاسداً. وأنا الكل فللمزارع؛ فلأنه اشترى الغرس والبذر شراء فاسداً وصار قابضاً لهما بيديه فإنه قبضهما لنفسه ليعمل فيهما للبائع فصار ملكاً له.

ولو دفع إليه أرضه يفرسها لنفسه بالتصاف وله على رب الأرض مائة درهم كان ذلك كله للغراس، وعليه أجر مثل أرضه. أما عدم الجواز، فلأن هذه معاملة شرطت في شراء الأغراس شراء فاسداً، بل هذه معاملة محضة؛ لأنه تعذر اعتبار شراء الأغراس لما قال: أغرسها لنفسك؛ لأنه إنما يكون غراساً لنفسه إذا لم يثبت شراء الأغراس فلم يصير رب المال ^(٤) بالمائة مشترياً بالأغراس، لكن صار مشترياً ما شرط له العامل من بعض الخارج من غرسه بالمائة، ومنفعة الأرض فيما يخص الخارج من المائة يكون شراء وأنه [شراء] ^(٥).

(١) في نسخة: «و»
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «أ»: ساقطة.
(٥) في «أ»: فيصير.

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د».

(٢) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٣) في «ج» و«د»: فيصير.

فاسد؛ [لأنه اشترى ما لم يخلق بعد وما يخص منفعة الأرض يكون معاملة لكن شرط فيها شراء فاسداً^(١)].

وأما الكل للغارس؛ لأن هذا الشراء الفاسد لم يثبت؛ لأنه اشترى ما لم يخلق بعد، بقي الخارج على ملك الغارس، ولو قام^(٢) العامل على التخييل وسقاها^(٣) ولم يخرج طلعمها حتى قام عليها صاحبها حتى أدركت فالثمر كله لرب التخييل، ولو خرج طلعمها ثم قام رب التخييل عليها^(٤) فالثمر بينهما؛ لأن خروج طلعم التخييل كخروج الثبات في البذر، فإن خرج الطلع بعمل العامل يخرج مشتركاً، فإذا أدرك كان لهما، وإن خرج الطلع بعمل صاحب التخييل خرج على ملك صاحب التخييل، فإذا أدرك كان له، ولو لم يشترط صاحب التخييل على العامل الحفظ والسقي وشرط التلقيح ولا يستغني عن الحفظ والسقي^(٥) فالمعاملة فاسدة؛ لأن هذه معاملة شرط فيها عمل رب التخييل اقتضاء؛ لأنه استأجر العامل للتلقيح اقتضاء^(٦) بنصف ما يخرج من هذا التخييل، فصار ضامناً له ما شرط له من الأجر، ولا يمكنه تسليم ذلك إلا بالحفظ والسقي، فيصير الحفظ والسقي مشروطاً على رب التخييل فتفسد المعاملة، وهذا إذا كان التخييل^(٧) بحال لا يخرج شيئاً بدون^(٨) الحفظ والسقي أو لا يخرج شيئاً يرعب فيه من مثل هذا التخييل.

ولو شرط الحفظ والسقي على العامل ولم بشرط التلقيح ولا يستغني عن التلقيح، تفسد؛ لأن هذه معاملة شرط فيها عمل رب التخييل اقتضاء فتفسد المعاملة.

وتكلموا في تفسير التلقيح؟، وقالوا: التخييل^(٩) يشابه بني آدم من وجوه أربعة مستذكر في موضعها إن شاء الله تعالى.

ولو شرط أن يلقح صاحب التخييل ثم يقوم العامل عليها، لم يجز؛ لأنه لا يدري متى يلقح رب التخييل ومتى يسلمها إلى العامل فصار وقت ابتداء المعاملة مجهولاً وذا يفسد المعاملة.

ولو وقتنا^(١٠) على أن يلقح صاحب التخييل ثم يقوم العامل عليها غرة هذا الشهر حاز؛ لأنه لما وقتا كان ابتداء وقت المعاملة معلوماً، فجاز. وكذلك المزارعة إن لم يشترط السقي والحفظ^(١١) ولا يستغني عن ذلك كانت فاسدة، وإن كان البذر من قبل رب الأرض؛ [لأن البذر إذا كان من قبل رب الأرض^(١٢) كان هذا بعزلة المعاملة؛ لأن المزارع أجبر لرب الأرض بعض ما يخرج من الأرض كما في المعاملة، ثم المعاملة تفسد فكنا المزارعة،

(١) في «أ» و«ج»: ساقطة. (٢) في «ج»: قال. (٣) في «ج»: وسواها، وما أثبتناه في «د».

(٤) في «ج» و«د»: ساقطة. (٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «د»: لأنه استأجر العامل للتلقيح اقتضاء: ساقطة. (٧) في «د»: ساقطة.

(٨) في «ج»: إلا. (٩) في «ج» و«د»: التلقيح.

(١٠) في «د»: ساقطة.

(١١) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١٢) في «أ»: لأن البذر... الأرض: ساقطة. وفي «ج»: إذا كان من قبل رب الأرض: ساقطة، وتامها في «د»: فأوردناها كما هي.

وتجوز المزارعة إن كان المذر من [قبيل]^(١١) المزارع؛ لأنه إذا كان من المزارع^(١٢) كان المزارع مستأجراً لرب الأرض ببعض ما يخرج من الأرض فيكون هو الضامن للأجير^(١٣)، فيصير ما وراء ما^(١٤) شرط عليه من الأعمال مشروطاً على المزارع، مقتضى ضمان الأجير عليه واشتراط أعمال المزارعة على المزارع لا يوجب فساد المزارعة، فأما إذا كان البذر من قبل رب الأرض، فالضامن للأجير رب الأرض، فيصير ما وراء المشروط على العامل مشروطاً على رب الأرض^(١٥).

ولو رهن عند رحل نخلة بدين عليه، ثم قال له: قم عليها بالنصف لم يحز، والنخلة وما يخرج من^(١٦) الثمر رهن له^(١٧)، وله أجر مثله، يريد [به]^(١٨) أنه^(١٩) إذا دفع أرضاً ونخلة رهن^(٢٠) بدين عليه. أما فساد المعاملة سواء شرط^(٢١) الحفظ على المرتهن مع السقي والتلقيح أو لم يشترط^(٢٢). أما إذا شرط؛ فلأن [العقد]^(٢٣) عقد المعاملة على مستحق عليه قبل المعاملة سبب الرهن وهو الحفظ، وعلى غير مستحق عليه وهو السقي والتلقيح فيمعد العقد، كما لو باع عبداً أو حرّاً بألف درهم ولم يسم ثمن كل واحد منهما، وأما إذا لم يشترط، فلأن من شرط جواز المعاملة أن يكون التخيل أمانة عند العامل^(٢٤)؛ لأن العامل أجير ببعض الخارج، ومحل العمل أمانة عند الأجير ومتى جازت هذه المعاملة كانت التخيل مضمونة على العامل؛ لأن الرهن لا يبطل بالمعاملة؛ لأن المتأخر عن العقد إنما يفسخ الرهن إذا كان المتأخر وارداً على الرهن، وكان مثله أو فوقه، وعقد المعاملة لم يرد على الرهن؛ لأنه ورد على منفعة العامل فلا^(٢٥) يوجب ذلك إبطال الرهن. وأما التخيل وما خرج من التخيل رهن؛ لأنه صار الحال بعد العقد كما كان^(٢٦) قبل العقد. وأما وجوب آخر مثل عمل العامل في السقي والتلقيح دون الحفظ؛ لأنه جمع في العقد بين السقي والتلقيح والحفظ، فيعتبر حالة الجمع بحالة الأفراد، ولو أفرد على السقي والتلقيح^(٢٧) وعمل كان له أجر مثل عمله، ولو أفرد العقد على الحفظ وعمل لا آخر له فكذا إذا جمع، وكذلك لو رهن أرضاً فيها زرع، وقال: قم عليه^(٢٨) فللمزارع أجر مثله في السقي وليس له^(٢٩) مثل أجر مثله^(٣٠) في الحفظ لما قلنا.

ولو رهنه أرضاً ثم أمره أن يزرعها يبذر المرتهن بالنصف جاز، وخرجت الأرض من

- | | |
|---|---|
| (١) في أ: ساقطة وهي في ج: و د: . (١١) في ج: و د: : شرط بالأفراد | (١٢) في ج: ساقطة . |
| (٢) في ج: ساقطة . | (١٣) في أ: و د: : ساقطة . |
| (٣) في د: : للآخر . | (١٤) في ج: المعاملة . |
| (٤) في د: : ساقطة . | (١٥) في ج: و د: : ساقطة . |
| (٥) في ج: : ساقطة . | (١٦) في ج: : وما خرج . . . كما كان : ساقطة . |
| (٦) في ج: : رهن . | (١٧) في ج: : دون الحفظ . . . والتلقيح : ساقطة . |
| (٧) في ج: و د: : ساقطة . | (١٨) في ج: و د: : عليها . |
| (٨) في أ: : ساقطة . | (١٩) في ج: : ساقطة . |
| (٩) في ج: و د: : ساقطة . | (٢٠) في ج: و د: : أجره . |
| (١٠) في ج: و د: : ساقطة . | |

الزَّهْن، وليس له أن يعيدها في الزَّهْن بعدما مضت المزارعة؛ لأنَّ المزارعة لو جازت لا تكون الأرض مضمونة عند المزارع فلا تكون المزارعة منعقدة على عمل كان مستحقاً عليه قبل المزارعة بسبب الزَّهْن: [لأنَّ الزَّهْن يبطل بالمزارعة]^(١)؛ لأنَّ الزَّهْن صار أجراً الزَّهْن والزَّهْن متى أجر الزَّهْن من المرتهن يبطل الزَّهْن بحيث لا يعود إلا بالتجديد؛ لأنَّ الإجارة متى وردت على الزَّهْن يبطل فكذا هنا.

ولو كان البذر من الزَّهْن وكان للمرتهن أن يعيدها في الزَّهْن فالمزارعة جائزة؛ لأنَّ الزَّهْن هنا صار طالباً منه^(٢) أن يعير أرضه منه؛ لأنَّه^(٣) يشغله^(٤) ببذره وزرعه، ثم صار مستأجراً العامل ليعمل فيه، فالإجارة وردت على منافع المزارع لا على الزَّهْن إنما لوارد على الزَّهْن الإجارة^(٥) والمرتهن متى أعار الزَّهْن من الزَّهْن إلى وقت معلوم تجب الإعادة^(٦) ولا يبطل الزَّهْن لكن يزول الضمان فإذا انقضت المدة عاد رهنًا.

وأما فيما يجوز بيع الأرض بغير رضى المزارع وفيما لا يجوز:

رحل دفع أرضه مزارعة^(٧) فزرع الأرض ثم إن رب الأرض باع الأرض مزورة فلا يخلو. إما أن باعها برضى المزارع، أو باعها بغير رضى المزارع، وإما أن نبت الزرع أو لم ينبت، والبذر من جهة^(٨) رب الأرض^(٩) أو من جهة المزارع، فإن باعها برضاه ولم يكن نبت والبذر من قبل رب الأرض فلا شيء للمزارع من الثمن؛ لأنَّه إنما ثبت له حق بعد النبت، أما قبله فلا حق له، وإن كان البذر من قبل المزارع، فللمزارع قيمة بذره مذكوراً في الأرض؛ لأنَّ ذلك ملكه، وإن كان الزرع نابئاً، فإن أجاز المزارع جاز ونصيب المزارع فيه قائم وإن كان ذلك بغير رضاه فللمزارع أن يبطل البيع.

وكذلك لو دفع الكرم معاملة ثم باعه، إن [لم] يكن خرج منه شيء فلا شيء للعامل؛ لأنَّه ليس له^(١٠) فيه حق وإن خرج فأجاز، جاز ونصيبه فيه قائم^(١١) وإن كان بغير رضاه فله أن يبطل البيع لما قلنا.

ولو باع رب الأرض [أرضه بالزرع]، والزرع بقل، لم يجز المزارع كان البيع موقوفاً؛ لأنَّه إن باع الأرض مع الزرع؛ فلأنَّ بعض الزرع ملك المزارع فينوقف البيع في نصيب المزارع على إجازته، وكذلك البيع في نصيب رب الأرض من الزرع^(١٢) وفي الأرض؛ لأنَّه تعلق به حق المزارع؛ لأنَّه ثبت له حق استيفاء الزرع [إلى وقت الحصاد]^(١٣) ومتى تعذر

(١) في «أ»: ساقطة. وهي في «ج» و«د». (٢) أي المرتهن كما هو مصرح به في «ج» و«د».

(٣) في «ج» و«د»: ساقطة. (٤) في «ج» و«د»: يشغله. (٥) في «ج» و«د»: الإجارة.

(٦) في «ج» و«د»: صحت الإجارة. وفي «أ»: الإجارة ولعله تصحيف والمشت ما في «ج» و«د».

(٧) في «ج»: للزراعة. (٨) في «أ»: ساقطة. (٩) في «ج»: البذر.

(١٠) في «ج»: ساقطة. (١١) في «ج»: ساقطة.

(١٢) في «ج»: لأنه ليس... فيه قائم ساقطة. (١٣) في «ج»: الزرع.

(١٤) في «أ»: ساقطة.

البيع كان للمشتري قلع الزرع [فيبطل حق المزارع]^(١) وإن باع الأرض بدون الزرع فكذلك؛ لأنه تعلق [حق]^(٢) المزارع به فيتوقف نفاذه على إجازته إن أجاز نفعه وإن لم يجز لم ينفذ^(٣) ويخير المشتري في ظاهر الزاوية علم المشتري بالمزارعة أو لم يعلم. وروي عن أبي يوسف في غير رواية الأصول؛ أنه إن علم بالمزارعة فلا خيار له وينتظر إدراك الزرع، وإن لم يعلم كان له الخيار، وعلى هذا إذا باع المستأجر أو المرهون ولم يجز المستأجر والمرتهن البيع فإن مضت السنة وأدرك الزرع جاز البيع؛ لأنه زال حق المزارع وهو حق استيفاء الزرع، فصار رب الأرض قادراً على تسليم المبيع [فيبطل البيع]^(٤) وسقط خيار المشتري، وإن أراد البائع نقص البيع ولم يرد المشتري لم يكن له ذلك؛ لأن البيع نفذ في حق البائع.

ولو أراد المشتري ذلك ولم يرد البائع كان له نقضه؛ لأنه لما تعلق حق المزارع بحز البائع عن التسليم لتعلق حق المزارع.

ولو عجز البائع عن التسليم بسبب إياقي العبد بعد البيع يخير المشتري فكذا هنا. وللشفيع أن يأخذ بالشفعة إذا لم ينقض المشتري الشراء؛ لأن حق البائع زال، لأن البيع نفذ في حقه، وثبت حق^(٥) الشفعة يعتمد زوال حق البائع، فيأخذ بالشفعة فيقوم مقام المشتري، فإن شاء تربص إلى وقت الحصاد، وإن شاء رد، ولو لم يطلب الشفعة عند العقد بطلت الشفعة^(٦) وإن تم البيع؛ لأنه لو علم بالشراء وحق البائع لم يزل بأن كان للبائع الخيار فلم يطلب الشفعة بطل حقه، فإذا علم بالشراء بعد زوال حق البائع ولم يبطل^(٧) الشفعة أولى أن يبطل ولا ثمن على الشفيع ما لم يسلم الأرض إليه؛ لأن الشفيع قائم مقام المشتري، والمشتري لا يجب عليه تسليم [الثلث]^(٨) حتى يجيز المزارع البيع أو يحصد الزرع فكذا الشفيع.

وأما في الشروط المفسدة للمزارعة:

رجل زرع أرضه، فقال للآخر: اقلع هذا الزرع وازرعه بأرض^(٩) كذا على ما رزق الله تعالى [من ذلك]^(١٠) فهو بيننا نصفان، فهذه المزارعة فاسدة؛ لأن ذلك ليس بشرط متعارف ولو دفع الأرض مزارعة وشروط [أن]^(١١) تكون الأرض والفدان والآلات من رب الأرض والبذر من المزارع، فهو فاسد، وقد ذكرناه قبل هذا؛ لأن^(١٢) العامل صار مستأجراً للقر ببعض الخارج؛ لأنه جعل الخارج بإزاء منفعة الأرض ومنفعة القر واستئجار البقر

- | | |
|--|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «أ»: شيء، وفي «ج»: ردة؛ الثمن، والمشت الأجير. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «د»: في أرض. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: الشراء . . . وثبت حق: ساقطة. | (١٢) في «ج»: الآن. |
| (٦) في «ج»: ردة؛ الشفعة غير واردة. | |
| (٧) في «د»: يطلب. | |

ببعض الخارج^(١) لا يجوز، لأن القياس يأبى جواز استئجار الأرض والعامل ببعض الخارج؛ لأن الأجرة معدومة^(٢) لكن حوز^(٣) بالنصر، ولا نص هنا فيرد على ما يقتضيه القياس، بخلاف ما إذا كان البذر [من صاحب الأرض؛ لأن ثمة لم يصير العامل مستأجرًا للبقر ببعض الخارج]^(٤)، بل صار رب الأرض مستأجرًا للعامل ببعض الخارج؛ لأن المستأجر متى كان العين من جهته والعميل من جهة رب الأرض؛ لأن الخارج تولد عن أصل مملوك له وهو البذر ومتى فسدت المزارعة فإن كان البذر من قبل المزارع كد الزرع^(٥) له؛ لأن الزرع نماء ملكه فكان له وعليه أجر مثل الأرض والبقر إن كان من قبل رب الأرض؛ لأنه استوفى منفعة الأرض والبقر بعقد فاسد، وقد تعذر الرد فيجب رد قيمته وأجر المثل ويأخذ من الزرع بذره ومؤنته وما غرم من أجر الأرض والبقر ويتصدق بما فضل؛ لأن ذلك القدر رأس ماله فلا يتصدق به ويتصدق بالفضل؛ لأن الخبث تمكن في الخارج بسبب الفساد المتمكن في منفعة الأرض، والخبث المتمكن بسبب الفساد المتمكن في منفعة الأرض^(٦) يوجب التصديق بالزيادة بخلاف ما لو تمكن الخبث بسبب الفساد المتمكن في عمل العامل حيث لا يوجب الفساد، والفرق بينهما؛ وهو أن عمل العامل اتصل بالخارج من وجه ولم يتصل بالخارج من وجه؛ لأن عمل العامل التبذير والسقي، والتبذير والسقي لم يتصل بالزرع حقيقة لكنه اتصل به حكماً؛ لأنه لا بد لحصول الزرع من عمل العامل فصار الخبث المتمكن في الخارج بسبب الفساد المتمكن في العمل متصلاً بالخارج من وجه دون وجه، والخبث متى اتصل بالزرع في العقد الفاسد من وجه دون وجه لا يوجب التصديق فأما الخبث المتمكن في الخارج بسبب الفساد المتمكن^(٧) في المنفعة متصل بالخارج من كل وجه؛ لأنه متصل به حقيقة وحكماً؛ لأن منفعة الأرض منصل بالخارج من أول ما ينبت إلى وقت الإدراك، واتصال الخبث بالزرع من كل وجه في لعقد الفاسد يوجب التصديق.

وإن كان البذر من رب الأرض لم يتصدق رب الأرض بالفضل؛ لأن الخبث تمكن بالفساد المتمكن في عمل العامل؛ لأن الإجارة فسدت في حق منفعة العامل والخبث المتمكن بالفساد المتمكن في عمل العامل لا يوجب التصديق لما ذكرنا.

ولو قال له: ازرع بذري في أرض على أن الخارج كله لك، فقد أقرض البذر وأعاد الأرض وكان الخارج كله للمزارع؛ لأنه شرط جميع الخارج للمزارع^(٨) ولن^(٩) يصير ذلك كله للمزارع؛ إلا أن يكون البذر كله ملكاً له، ولم يشترط صاحب الأرض على العامل بإزاء

(١) في «ج»: لأنه جعل... بعض الخارج: ساقطة. (٢) في «ج»: معدومة غير موجودة.

(٣) في «ج» و«د»: جوزنا. (٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «د»: كان الزرع ساقطة، وهي في «أ» و«ج».

(٦) في «ج»: والخبث... الأرض: ساقطة.

(٧) في «د»: في العمل متصلاً... الفساد المتمكن: ساقطة، وهي في «أ» و«ج».

(٨) في «د»: للمزارع. (٩) في «ج»: ولم.

بذره عوضاً فتعيس تملك البذر للتبرع^(١) وأنه نوعان: هبة وقرض، والقرض: أدنى التبرعين، فكان إثبات الأدنى عن الاحتمال أولى، وأما إعارة الأرض؛ فلأنه لم ينع لمنافع أرضه عوضاً فصار معييراً أرضه ليزرع.

وإن قال: فما خرج فهو كله لي فهو جائز، وكان الخارج كله لرب الأرض؛ لأنه استعان بالعامل؛ لأنه لم يشترط لعمله عوضاً.

ولو قال: ازرع كذاً من طعام في أرضي على أن الخارج كله لي فزرع فيها المزارع كذاً من طعامه فالزريع كله للمزارع وعليه أجر مثل أرضه أخرجت [الأرض]^(٢) أو لم تخرج؛ لأنه أخرج الأرض بجميع الخارج وإعارة الأرض بجميع الخارج لم يرد في الشرع بجوازها^(٣).

ولو قال [له]^(٤): ازرع لي كذاً من طعامك على أن الخارج [كله] لي فقد أقرضه المزارع وأعانه، لأن المزارع جعل عمله في المزارعة لصاحب الأرض، وإنما يصير عاملاً له من كل وجه إذا أثبتنا القرض، فإذا قال له: ازرع لي كذاً من طعامك على أن الخارج [له]^(٥) يثبت نصفان فقد أقرضه بذره ثم زارعه على النصف؛ لأن رب المال أمره بالزراعة له، وإنما يصير زارعاً [له]^(٦) إذا كان البذر ملك [رب] الأرض والملك إنما يثبت لرب الأرض بالقرض فصار مقرضاً البذر منه فصار رب الأرض قابضاً له حكماً لانصاله بملكه ثم صار دانعاً [إليه]^(٧) الأرض مراعاة بالنصف بعد إلقاء الحب وهذا جائز فإن دفع الأرض بعد إلقاء البذر وبعد الثبات قبل الإدراك حتى يربيه العامل ويحفظه ويسقيه جاز^(٨).

ولو دفع رب الأرض إليه كذاً من طعام وقال: ازرعه لي في أرضي على أن الخارج لك كان هذا فاسداً والزريع لصاحب الأرض وعليه أجر مثله؛ لأنه استأجره رب الأرض بجميع الخارج؛ لأنه أمره بأن يزرع له وإنما يكون زارعاً له أن لو كان رب الأرض مستأجراً والاستئجار بجميع الخارج لا يجوز.

ولو دفع رجل أرضه إلى رجل ليزرعها بالبذر من قبل أحدهما على أن صاحب البذر يدفع بذره أولاً لم يجز؛ لأن هذا شرط يقطع الشراكة في الخارج عسى؛ لأن البذر طعام مقدر وإنما لا تخرج الأرض إلى ذلك القدر.

ولو شرط^(٩) على المزارع الحصاد أو النّياس^(١٠) والتذرية لم يجز في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنها^(١١) جائزة^(١٢)، وكذا^(١٣) مشايخ بلخ يفتنون

- | | |
|--|---------------------------------|
| (١) في آية: للتبرع. | (٨) في آية: ساقطة. |
| (٢) في آية: ساقطة. | (٩) في آية: جاز، وفي آية: جائز. |
| (٣) في آية: ازرع... ولم يرد الشرع بجوازها، غير وردة وهي في آية: ودد. | (١٠) في آية: شرع. |
| (٤) في آية: ودد، ساقطة. | (١١) في آية: بدون أو. |
| (٥) في آية: ساقطة. | (١٢) في آية: ساقطة. |
| (٦) في آية: ساقطة. | (١٣) في آية: جاز. |
| (٧) في آية: ساقطة. | (١٤) في آية: وكان. |

بهذا، وكنوا يزيدون ويقولون: يجوز بشرط التنقية والحمل إلى منزل رب الأرض بقرية. ولا يجوز بشرط الحمل إلى منزل رب الأرض إلى مصره^(١).

وجه رواية أبي يوسف: وهو^(٢) أن الحصاد والذباس والتذرية وإن لم يكن من أعمال المزارعة بوجه ما؛ لأنه مما [لا]^(٣) ينبت ولا يزيد في الخارج فكان اشتراطه مفسداً للمزارعة قياساً، لكن تركنا هذا القياس لتعامل الناس، والقياس: يترك بالتعامل، كما لو اشترى نعلاً^(٤) وشراكاً على أن يحذوه البائع جاز البيع بهذا الشرط لتعامل الناس.

وجه ظاهر الرواية: أنه شرط في المزارعة عملاً ليس من أعمال المزارعة بوجه ما، لأن عمل المزارعة ما ينبت ويزيد في الخارج واشتراط عمل ليس من أعمال المزارعة بوجه ما^(٥) يفسد المزارعة.

قوله: متعامل، قلنا: نعم في بعض البلدان. أما في البعض: فلا، فإن^(٦) محمداً رحمه الله تعالى: قضى بالفساد، ولو وجدها متعاملاً في البلاد كلها^(٧) جاز، وتعامل [بعض]^(٨) البلدان دون البعض لا يكون حجة [في]^(٩) موضع ما حتى [لا]^(١٠) يترك به القياس، وحفظ الزرع وما لا بد منه على المزارع حتى يحصده ثم يشتركان في مؤنته؛ لأن الحفظ قبل الإدراك من عمل المزارعة؛ لأنه مما يزيد في الخارج وأعمال المزارعة على المزارع خاصة فإذا أدرك واستحصد^(١١) فقد انتهت المزارعة والزرع ملكهما فكان الحفظ والمؤنة عليهما.

ولو أراد أن يقصلاه كان عليهما مثل الحصاد؛ لأن القصل ليس من أعمال المزارعة؛ لأنه مما [لا]^(١٢) يزيد في الخارج فكان بمنزلة الحصاد والذباس فكان عليهما، وكذلك معاملة التخيل، وكل ما كان من أعمال المعاملة فعلى العامل وأعمال المعاملة ما يؤثر في تحصيل الخارج أو في النماء، وكل ما ليس من أعمال المعاملة كالحذاذ بعدما صار ثمرأ بهر عليهما كالحصاد في باب المزارعة، وكذلك الجواب إذا أدرك الباذنجان والبطيخ كان التقاط ذلك عليهما والحمل والبيع عليهما.

ولو شرطاً دفع الخارج من الخارج لم يحز، ويجوز ذلك في العشر^(١٣) إلا أن يكون الخراج في الأرض ثلث ما يخرج أو نحوه، ولم يكن دراهم أو دنانير فيجوز؛ لأن الخراج^(١٤) إذا كان خراج وظيفة وهو^(١٥) دراهم مسماء، أو قفزان كان هذا شرطاً يقطع الشركة [في الخارج]^(١٦) عسى؛ لأن الخراج المشروط للسلطان كالمشروط لرب الأرض.

(١) في «ج» و«د»: بمصر.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «ج»: نعلاً، ولعله تصحيف.

(٥) في «د»: لأن عمل المزارعة... بوجه ما: ساقطة.

(٦) في «ج»: فلا.

(٧) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(١١) في «د»: واستحصد.

(١٢) في «أ»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: من العشر.

(١٤) في «د»: الخارج.

(١٥) في «د»: وهي.

(١٦) في «أ»: ساقطة.

لأن منفعة ذلك عند إلى رب الأرض فإنه يقضي^(١) حقاً واجباً عليه فإن حراج الوظيفة على رب الأرض عندهم جميعاً، فإذا اعتر مشروطاً لرب الأرض كان هذا شرطاً يقطع الشركة في الحراج [عسى أنما إذا كان عُشراً أو خراجاً مقاسمة لم يكن هذا شرطاً يقطع الشركة في الحراج]^(٢)؛ لأن الحراج وإن قل يكون له عشر وتسعة أعشار.

ولو شرط الكراب على المزارع فهذا على قسمين^(٣)؛ إما أن يزيد الكراب في الحراج إما من حيث المقدار أو من حيث الجودة، أو لا يزيد أصلاً، بل الأرض تخرج بغير كراب مثلاً يخرج بالكراب.

ففي القسم الأول: يجبر المزارع عليه^(٤)؛ لأنه شرط مفيد.

وفي القسم الثاني: لا يجبر؛ لأنه لا يفيد، فإن كان الكراب غير مشروط في العقد بهذا على قسمين: إما أن يكون الكراب مما لا بد منه لتحصيل الزرع المرغوب من^(٥) مثل الأرض المدفوعة إليه مزارعة إن كان يخرج من غير كراب زرعاً قليلاً بعده الناس تعطيلاً للأرض، أو منه بحد.

ففي القسم الأول: يجبر؛ لأن الكراب هنا صار مشروطاً على المزارع مقتضى المزارعة؛ لأنه إنما يطلب بالمزارعة زرع من عرف فيه بحيث لا يعده الناس تعطيلاً للأرض فيحرم إلا أن يترك الزرع إذا كان البلر من قبله؛ لأن البلر إذا كان من قبله كان له الامتناع.

وفي القسم الثاني: لا يجبر؛ لأن الكراب هنا لم يصر مشروطاً مقتضى المزارعة. وكذلك لو قال: لا أسقي فسقتها السماء، فالجواب فيه كالجواب في الكراب في جميع ما ذكرنا.

ولو شرط عليه أن يكرها ويشبها ويزرعها لم يحز^(٦)؛ لأن تفسير التثنية: أن يكره الأرض قبل الزراعة مرة بعد أخرى حتى تتقوى الأرض ويذهب ما فيها من الحشيش، فإذا كان مدة الزراعة^(٧) سنة تبقى منفعة هذا الشرط بعد مضي السنة فكان هذا شرطاً ينتفع به رب الأرض بعد انقضاء مدة المزارعة^(٨) وإذا يوجب فساد المزارعة حتى لو كانت المزارعة سين لا تفسد المزارعة؛ لأن منفعتها لا تبقى سنين. قالوا: وهذا في بلادهم، أما في بلادنا: بجور؛ لأن منفعة التثنية^(٩) [في بلادنا قل ما^(١٠)] تبقى بعد انقضاء السنة، وكذا كرى الأنهار وإصلاح المساة مثل التثنية. واختلف المشايخ فيه. منهم من سوى بين الأنهار وبين الجداول وبه يفتى^(١١). ومنهم من فرق فقال: اشتراط كرى الأنهار على المزارع لا يصح، واشتراط كرى

(٧) في «ج»: المزارعة.
(٨) في «ج»: سنة... المزارعة ساقطة.
(٩) في «ج»: ساقطة.
(١٠) في «أ»: ساقطة.
(١١) في «ج»: وبه يفتى: ساقطة.

(١) في «ج»: نقض.
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «ج»: و«د»: وجهين.
(٤) في «ج»: ساقطة.
(٥) في «د»: ساقطة.
(٦) في «ج»: يجب.

الجدول صحيح وإليه ذهب الشيخ الإمام الأجل برهان الأئمة رحمه الله تعالى.

ولو قال: إن زرعها بغير كراب فلك الثلث، وإن زرعها ثنتين فلك النصف حاز هذا الشرط؛ لأن المزارعة تعقد إجارة ابتداء وتتم^(١) شركة انتهاء والإجارة المحصنة متى عقدت على عمليين مختلفين ببديلين مختلفين، ولم يجعل أحدهما شرطاً في الآخر حاز ويحبر العامل فلأن يجوز هنا وهذه تتم شركة والشركات نحتمل ما لا نحتمل المفاوضة كان^(٢) أولى فرق بيما إذا عقدت المزارعة على الثنية وحدها وبينما إذا كان مع الثنية عقد غيرها والفرق: وهو أن المزارعة متى كانت معقودة على الثنية وحدها لو صح العقد كان شرط انثنية لازماً يجبر المزارع على الوفاء بهذا الشرط. أما إذا كان مع المزارعة على الثنية مزارعة أخرى جائزة فالثنية لا تكون لازمة فإن للمزارع أن يختار الأخرى والشرط إنما يوجب فساد العقد إذا كان شرطاً لازماً.

وكذا لو زرع نصفها بشرط ونصفها شرط آخر جاز ذلك كله. فرق بين هذا وبين الإجارة على إحدى الخياطتين حيث ليس للأجير أن يختار البعض من إحداهما والبعض من الأخرى، حتى لو اختار البعض رومية والبعض فارسية صار مخالفاً، والفرق: أن^(٣) في مسألتنا متى اختار النصف من كل^(٤) عقد لم يتضرر صاحب الأرض زيادة ضرر ولم يرض به فإن رضي بأن يزرع الكل بغير كراب [فيكون راضياً بوزارة البعض بغير كراب]^(٥) والبعض بالثنية من طريق الأولى. أما في الإجارة: رب الثوب يتضرر زيادة ضرر ولم يرض به؛ لأن ذلك يوجب عيباً في الثوب.

وكذا لو قال: ما زرع منها بغير كراب فكذا، وما زرع منها^(٦) بكراب فكذا، و ما زرع منها^(٧) بثنتين فكذا، [فهنا أربع مسائل: إحداهما: هذه.

والثانية: أن يقول: ما زرع فيها بغير كراب فكذا، وما زرع فيها بكراب فكذا، وما زرع فيها بثنتين فكذا.

والثالثة: أن يقول: ما زرعها بكراب فكذا، وما زرعها بغير كراب فكذا]^(٨) و ما زرع منها^(٩) بثنتين فكذا.

والرابعة: أن يقول: ما زرع بعضها منها بغير كراب فكذا، وما زرع منها بكراب فكذا وما زرع بعضها منها بكراب وثنتين فكذا.

أما المسألة الأولى: فالمزارعة جائزة؛ لأن كلمة من للتمييز عند أبي يوسف ومحمد

- | | |
|---|---------------------------|
| (١) في «جاء»: وهو. | (٦) في «جاء»: ساقطة |
| (٢) في «جاء» و«د»: كان. وفي «أ» وإن والمثبت ما في «جاء» و«د». | (٧) في «جاء» و«د»: ساقطة. |
| (٣) في «جاء»: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «جاء»: ساقطة. | (٩) في «جاء»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | |

رحمهما الله تعالى: لا للتبويض، ولهذا لو قال الآخر: أعتق من عبيدي من شئت: عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: له أن يعتق البعض، وعندهما: له^(١) أن يعتق الكل. فعلى هذا التقدير [عندهما]^(٢) أضاف كل عقد إلى جميع الأرض؛ لأن قوله منها: كناية عن جميع الأرض وقد خيره بين عقود ثلاثة بأبدال مختلفة، ولم يجعل أحدهما شرطاً في الآخر، بل خير العامل في ذلك كله والإجارة المحضة على هذا الوجه^(٣) جائزة عندهم^(٤) فالمزارعة أولى.

وكذلك الثانية والثالثة: وهو ما إذا قال: زرعت فيها أو ما زرعتها؛ لأن الهاء كناية عن جميع الأرض.

وأما المسألة الرابعة: اختلف المشايخ فيه، قال بعضهم: المزارعة فاسدة؛ لأنه لف نص على التبويض لا يسكن الحمل على الكل، ومتى نص على كلمة من يمكن الحمل على الكل^(٥) عندهما رحمهما الله تعالى، ومنهم من قال: يجوز هذا العقد عندهم جميعاً كما لو ذكره بكلمة من؛ لأن التنصيص^(٦) على كلمة التبويض كالتنصيص عليه، وكذلك لو شرط عليه الحنطة بكذا والشعير بكذا والسمسم بكذا فزرع صفاً من ذلك الأصناف [أو الأصناف]^(٧) كلها فهو على ما شرطاً.

ولو شرط رب الأرض لنفسه أو المزارع ما تخرج هذه التاحية أو أفقرة معلومة لم يجز سواء كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض؛ لأنه شرط شرطاً انقطعت^(٨) الشركة في الخارج به^(٩) عسى، وكذا لو شرط الحنطة لأحدهما والتبن بينهما لم يجز.

وجنس هذه المسائل لا تحلو من^(١٠) ستة أوجه:

إما أن يشترط الشركة في الأصل والفرع جميعاً بأن يشترطاً في المزارعة أن يكون التبن والحب^(١١) بينهما نصفين فإن الساق الذي منه التبن أصل والحب^(١٢) فرع؛ لأنه يتولد منه. وفي المعاملة أن يكون الأغراس والثمر بينهما نصفين فإن الأغراس أصل والثمر فرع. أو اشترطاً أن يكون الأصل لأحدهما والفرع لآخر.

أو اشترطاً أن يكون الأصل لمن كان البذر والغرس من جهته والفرع^(١٣) بينهما نصفين

أو اشترطاً الشركة في الفرع وسكتا عن الأصل.

أو اشترطاً أن يكون الأصل بينهما نصفين والفرع لأحدهما خاصة.

- | | | |
|---|------------------------------------|--------------------|
| (١) في حجة: ساقطة. | (٢) في دأ: ساقطة. | (٣) في حجة: الشرط |
| (٤) في حجة: عندهما. | (٥) في حجة: ودأ. ومتى نص... | على الكل: ساقطة. |
| (٦) في حجة: التبويض. | (٧) في دأ: ساقطة. وهي في حجة: ودأ. | |
| (٨) في حجة: ودأ: يقطع. | (٩) في حجة: ساقطة. | |
| (١٠) في حجة: من. | (١١) في حجة: ودأ: الحب. وفي | الحز والمثبت الأول |
| (١٢) في حجة: ودأ: الحب. وفي دأ: الحب والمثبت الأول. | | |
| (١٣) في حجة: أصل والثمر... | من جهته والفرع | ساقطة. |

وفي الوجه الأول: وهو ما إذا شرطاً الشركة في الأصل والفرع جاز في المزارعة والمعاملة.

أما المزارعة؛ فلأن الأثر^(١) ورد بإثبات الشركة في الأصل والفرع والساس تعاملوا المزارعة على هذا الوجه.

وأما [في]^(٢) المعاملة استدلالاً بالمزارعة.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا شرطاً الأصل لأحدهما، والفرع لآخر لم يجز في المعاملة والمزارعة جميعاً؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة عسى؛ لأنه ربما لا يخرج الفرع في سنة فيأخذ أحدهما الأصل ولا شيء للآخر.

وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا شرطاً أن يكون الأصل لمن كان البذر والغرس من جهته والفرع بينهما نصفين حاز في المزارعة والمعاملة جميعاً [لأن هذا شرط يقطع الشركة]^(٣).

وفي الوجه الرابع: وهو ما إذا شرطاً الأصل لمن لم يكن^(٤) البذر والغرس من جهته والفرع بينهما نصفين لم يجز في المزارعة والمعاملة جميعاً. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يجوز في الوجه الثالث كما لا يجوز في الوجه الرابع؛ لأن الفرع إنما يملك بملك الأصل فإذا كن الأصل لأحدهما خاصة^(٥) لا يجوز أن يكون الفرع بينهما.

وجه ظاهر الرواية: أن القياس هذا، لكن تركنا القياس بالأثر والتعامل.

أما الأثر: فإنه روي أن النبي ﷺ: «ذَفَعَ نَخِيلَ خَيْتَرٍ مُعَامَلَةً بِالنُّصْفِ» وكانت الشركة في الفرع لا في الأصل وهو النخيل.

وأما التعامل [إذن النس]^(٦) تعاملوا المعاملة على^(٧) أن يكون الأصل لصاحب الأصل والفرع بينهما؛ وإذا جاز هذا بالأثر والتعامل جاز في المزارعة امتحاناً بخلاف الوجه الرابع؛ لأن الأثر لم يجوز أن يكون الأصل لغير صاحب الأصل، وليس للناس فيه تعامل.

والوجه الخامس: وهو ما إذا شرطاً أن يكون الفرع بينهما وسكتا عن الأصل جاز، والأصل لمن كان البذر والغرس من جهته؛ لأن الأصل والفرع ملك صاحب البذر والغرس وما يستحق عليه يستحق^(٨) بالشرط فما لم يشترط لغيره بقي على ملكه.

والوجه السادس: وهو ما إذا شرطاً أن يكون الأصل بينهما نصفين والفرع لأحدهما لم يجز في المزارعة والمعاملة جميعاً؛ لأن هذا شرط يقطع الشركة فيما هو المقصود من العقد وهو الفرع.

- | | |
|----------------------------------|------------------------------|
| (١) في «د»: الأمر. | (٥) في «ج»: لم تجز المزارعة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «أ» و«ج»: ساقطة، وفي «د»: | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |

ولو دفع إلى رجل أرضاً مزارعة يزرعها ببذره على آتة^(١) إن زرعها^(٢) في عرة^(٣) جمادى الأولى فله الثلث، وإن أحرها إلى غرة^(٤) جمادى الآخرة فله الزرع الأول جائز والثاني فاسد في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الشرطان جائزان كما في الإجارة؛ لأن المزارعة تنعقد إجارة ابتداء وتنم شركة [انتهاء]^(٥) فما جاز في الإجارة عندهم جاز في المزارعة بطريق الأولى، وما اختلفوا في جوازه في الإجارة يختلفون في جوازه في المزارعة، وقد اتفقوا على جواز الشرط الأول في الإجارة واختلفوا في جواز الشرط الثاني فكذا في المزارعة لو كان يرى أبو حنيفة رحمه الله تعالى: جواز المزارعة فكذلك إذا كان البذر من قبل رب الأرض.

ولو قال: ما زرعت منها في جمادى الأولى فلك النصف، وما زرعت منها في جمادى الآخرة فلك الثلث لم يجز شيء منه في قولهم جميعاً، سواء كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الأرض؛ لأن^(٦) مثل هذا لا يحوز في الإجارة عندهم جميعاً. فإنه لو قال للمخياط: ما خطت من هذا الثوب اليوم فعلي حساب درهم، وما خطت منه^(٧) غداً فعلي حساب نصف درهم فسد الشرطان جميعاً؛ لأنه لا^(٨) يدري قدر ما يخط منه اليوم وقدر ما يخط منه غداً، فكذا في المزارعة.

ولو قال: إن زرعتها بدالية فلك النصف وإن زرعتها بماء فيح فلك الثلث جاز؛ لأنه عند المزارعة على عمليين ببديلين معلومين وخير العامل فيه ولم يشترط أحدهما في الآخر ومثل هذا جائز في الإجارة وهو الرومية والفارسية ففي المزارعة أولى.

ولو قال: ما زرعت منها بدالية فلك النصف وما زرعت منها [بماء]^(٩) فيح فلك الثلث لم يجز؛ لأن كلمة [من]^(١٠) للتبعض والبعض الذي يزرعه بذلو لا يدري من البعض الذي يزرعه فيحاً، وجهالة محل العمل توجب فساد الإجارة فكذا في^(١١) المزارعة. ولو قال: لك في السنة الأولى الثلث، وفي [السنة]^(١٢) الثانية الزرع، وفي الثالثة: الحمس، أو أجر مائة درهم جار ذلك كله؛ لأن مثل [هذا]^(١٣) يجوز في الإجارة المحضة حتى لو أجر أرضاً بدراهم أو دناتير على أن يكون أجر^(١٤) السنة الأولى مائة، وأجر^(١٥) السنة الثانية خمسين وأجر^(١٦) السنة الثالثة خمساً وعشرين جاز، فكذا هنا.

- | | |
|---------------------------|------------------------------|
| (١) في آتة: ساقطة. | (٩) في آتة: ساقطة. |
| (٢) في آتة: على أن زرعها. | (١٠) في آتة: ساقطة. |
| (٣) في آتة وآتة: عشرة. | (١١) في آتة وآتة: في: ساقطة. |
| (٤) في آتة: عشرة. | (١٢) في آتة: ساقطة. |
| (٥) في آتة: ساقطة. | (١٣) في آتة: ساقطة. |
| (٦) في آتة: ساقطة. | (١٤) في آتة: آخر. |
| (٧) في آتة: ساقطة. | (١٥) في آتة: وآخر. |
| (٨) في آتة وآتة: ساقطة. | (١٦) في آتة: وآخر. |
| (٩) في آتة: ما. | |

ولو اشترط المزارع على رب الأرض كرى الأنهار وإصلاح مسنتها حتى يأتيها^(١) الشرب جاز ذلك من أيهما كان، كان البذر؛ لأنه شرط في المزارعة ما تقتضيه المزارعة كما لو استأجر داراً على أن يكون إصلاح الميازيب^(٢) على رب الدار حاز، ولو اشترط كرى الأنهار على المزارع لا يجوز؛ لأنه شرط في المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة؛ لأن المزارعة تقتضي كرى الأنهار وإصلاح المسناة على باب لأرض؛ لأنه مؤجر الأرض ببعض الخارج فيكون الإصلاح عليه كإصلاح الميازيب^(٣) على رب الدار^(٤).

ولو اشترط الكراب والثنان على رب الأرض والبذر من قبل المزارع لا يجوز فإن كان البذر من قبل رب الأرض يجوز^(٥)؛ لأن في الوجه الأول: صار كأن المزارع استأجر رب الأرض ببعض الخارج واستأجر الأرض ببعض الخارج يجوز. أما استأجر رب الأرض ببعض الخارج لا يجوز. وفي الوجه الثاني: كأن رب الأرض استأجر لمزارع ببعض الخارج واستأجر المزارع ببعض الخارج لبعض أعمال المزارعة دون البعض يحوز، ثم إنما تجوز هذه المزارعة إذا بين الكراب والثنان [ووقتاً]^(٦) وقتاً معلوماً وقت المزارعة. أما إذا^(٧) لم يبين لا يجوز.

ولو شرط أحدهما على صاحبه على^(٨) أن يسرقها إن كان البذر من قبل المزارع لا يحوز سواء شرط على المزارع أو على رب الأرض؛ لأن منفعة السرقين مما تبقى إلى العام الثاني^(٩) فكان شرطاً لا يقتضيه العقد، وأما إذا شرط على رب الأرض؛ لأن المزارع اشترى السرقين من رب الأرض واستأجر رب الأرض ليلقي السرقين وذلك فاسد، وإن كان البذر من قبل رب الأرض فإن شرط ذلك على المزارع لم يجز؛ لأنه شرط على المزارع ما تبقى منفعة بعد انقضاء مدة الزراعة^(١٠) وإن شرط على رب الأرض جاز؛ لأنه ليس تحته إلا إضافة المزارعة إلى ما بعد إلقاء السرقين، وذلك جائز إذا بين لإلقاء السرقين وقتاً معلوماً. هذا إذا شرط أحدهما لصاحبه^(١١) أن يسرق الأرض من عنده. أما إذا شرط أحدهما^(١٢) على الآخر إلقاء السرقين في الأرض من سرقين رب الأرض كما هو المعروف في بلادنا، قال بعض المشايخ: يجوز إن شرط على المزارع من أيهما كان البذر؛ لأنه شرط عليه ما يقتضيه العقد فإن إلقاء السرقين من عمل المزارعة؛ لأنه مما يزيد في الخارج فكان كالنراب^(١٣) والباقي إلى العام الثاني عين السرقين وذلك ملك رب الأرض، وإن شرط على رب الأرض إن كان البذر من جهة المزارع لا يجوز، وإن كان من جهة رب الأرض يجوز، ويكون الجواب فيه كالجواب في الكراب.

(١) في «ج» و«د»: يأتيه. (٢) في «ج»: الميازيب. (٣) في «د»: السوريب.

(٤) في «ج»: لأنه مؤجر. . . رب الدار: ساقطة، وفي «د»: الأرض، بدل كلمة الدار الموحودة في آخر السقط الواقع في «ج».

(٥) في «ج» و«د»: جاز. (٦) في «أ» و«د»: ساقطة. (٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج»: القابل. (١٠) في «ج» و«د»: المزارعة.

(١١) في «ج» و«د»: على صاحبه. (١٢) في «ج»: ساقطة.

(١٣) في «ج» و«د»: كالنراب.

ولو شرط رب الأرض عليه^(١) على أن لا يسرقنها كان له أن لا يسرقنها؛ لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد وليس لأحد العاقدين فيه منفعة بل فيه مصرة فلا تنفس.

إذا شرط في المزارعة الذولاب والذالية والذواب^(٢) التي هي آلة السقي من غير اشتراط الذابة فهو بمنزلة اشتراط البقر؛ لأن هذا آلة السقي، والسقي على المزارع كالبقر آلة الرزاعة ولزراعة على المزارع، واشتراط البقر على المزارع جائز من أبيهما كاد البذر واشتراطه على رب الأرض إن كان البذر من قبله جاز وإن كان البذر من قبل المزارع لم يجز فكذا هنا وإذا شرط الذابة التي يسقي بها على أحدهما فالجواب فيه كالجواب في اشتراط البقر، وإذا شرط علف الذابة مع الذابة^(٣) جاز متى [جار]^(٤) شرط الذابة؛ لأنه شرط بقتضيه العقد؛ لأن علف الذابة يكون على صاحب الذابة، وإذا شرط الذابة على أحدهما والعلف على الآخر فسدت المزارعة؛ لأنه شرط في المزارعة ما لا تقتضيه المزارعة [فإن المزارعة تقتضي علف الذابة على صاحبها فهذا شرط لا تقتضيه المزارعة]^(٥) ولأحدهما فيه منفعة فأوجب فساد المزارعة.

أهل قرية معاملتهم أن الحصاد والدياس على المزارعين من غير شرط فلو شرطوا ذلك لا تنفس مزارعتهم؛ لأن هذا من تمام عملهم. والله تعالى أعلم.

الفصل الثاني

فيما يضمن المزارع وفيما لا يضمن الخ

مزارع ترك السقي عمداً حتى يبس الزرع يضمن قيمته وقت ما ترك إن كان للزرع قيمة في ذلك الوقت؛ لأن حفظ الزرع واجب عليه والسقي من جملة الحفظ والإصلاح فهو بقصده^(٦) تعمد إتلاف مال مشترك^(٧) بينه وبين صاحبه فيضمن نصيب صاحبه وإن لم يكن له قيمة في ذلك الوقت تقوم الأرض مزروعة وغير مزروعة فيضمنه فضل ما بينهما.

رجل زرع أرضه برأ فجاء رجل وزرع عليه شعيراً إن رضي صاحب الحنطة أن يضمنه في الحال قيمة الحنطة مبذوراً فله ذلك؛ لأنه استهلكه بالخلط وإن شاء تركه حتى ينبت فإذا نبت أخذه بقلعه^(٨) وإن شاء أبرأه على الضمان. فإذا أدرك وحصد فهو بينهما على قدر نصيبهما؛ لأنه متفرع عن أصليين مملوكين لهما. فإن سقاه رب الأرض حتى نبت بسقيه ذلك فعليه قيمة شعيرة مبذوراً؛ لأن رب الأرض استهلكه بالسقي فهو ضامن والخارج له.

- | | |
|-------------------------------|----------------------|
| (١) في وجه: عليها. | (٥) في أ: ساقطة. |
| (٢) في وجه: الذواب. | (٦) في د: بقصد. |
| (٣) في وجه: مع الذابة: ساقطة. | (٧) في وجه: ما أشرك. |
| (٤) في أ: ساقطة. | (٨) في ج: بعله. |

ولو دفع أرضه مزارعة وجعل البذر والبقر عليه على أن يحفظه ويحصده ويجمع ذلك على أن^(١) ما خرج منها فهو بينهما نصفان.

ولو تغافل^(٢) المزارع في حصاده إذا أدرك حتى هلك فالمزارع ضامن لما هلك؛ لأن لما قبل المزارعة بهذا الشرط فقد وجب عليه تحصيل ذلك الشرط فإذا لم يفعل صار مضيعاً فيجب الضمان.

والمزارعة بشرط الحصاد جائزة عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وكان محمد بن سلمة ونصير بن يحيى رحمهما الله تعالى يجيزان المزارعة بشرط الحصاد، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى، وقد ذكرنا قبل هذا^(٣).

ولو أخر المزارع تأخيراً يفعل الناس مثله وظهر من ذلك آفة فلا ضمان عليه، ولو أخر بمثل ما^(٤) لا يفعله الناس فهلك فعليه الضمان وقد^(٥) ذكرنا في الإحارات من هذا الكتاب إذا قال رب الأرض للأكار: أخرج هذه الحنطة إلى الصحراء فإنه رطب حتى لا يفسد أو الجورق أو الجوز فتغافل ولم يفعل حتى فسد إن كان ذلك من عمله مشروطاً وقبل ذلك فقيماً له مثل ضمن مثله، وفيما لا مثل له ضمن قيمته لما ذكرنا.

رجل دفع إلى رجل أشجاراً معلومة معاملة ليقوم عليها وفيها من الأشجار ما لا يشده ويستره لثلاً^(٦) يصيبه البرد ويفسد فلم يشده العامل حتى أفسده البرد فهو ضامن؛ لأنه سبب للتللف.

رجل دفع كرمًا [له]^(٧) معاملة فلما أثمر الكرم كان الدافع وأهله يدخلون ويأكلون ويحملون منه والعامل لا يفعله^(٨) إلا قليلاً فإن كان ذلك بغير إذن الدافع فلا ضمان عليه، والضمان على الذين أكلوا؛ لأنه لم يوجد منه صنع وإن كان ذلك بإذنه [ضمن]^(٩) وهو ممن تجب نفقته فهو ضامن نصيب العامل وصار كأنه قبض ودفع إليهم، وإن لم يكونوا^(١٠) ممن تجب نفقته فلا ضمان عليه وصار كمن دل إنساناً على استهلاك مال الغير فاستهلك لا ضمان عليه كذا هنا.

ولو زرع المزارع أيضاً^(١١) ونبت ولم يدرك ثم استحقت فالمزارع بالخيار إن [شاء]^(١٢) ضمن الذي دفع إليه قيمة نصف الزرع نابئاً وإن شاء قلع نصفه إذا أمره المستحق بالقلع ولا يترك إلى وقت الإدراك، ثم المزارع بالخيار إن شاء رضي^(١٣) بنصف المقلوع، وإن شاء رد المقلوع على الدافع وضمنه [قيمه]^(١٤) نابئاً؛ لأن هذا مستأجر الأرض فلو

- | | |
|---------------------------------|----------------------------|
| (١) في «ج» و«د»: ساقطة. | (٨) في «ج» و«د»: لا يدخله. |
| (٢) في «د»: تعامل، ولعله تصحيف. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: يكن. |
| (٤) في «ج» و«د»: ما: ساقطة. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١٢) في «د»: ساقطة. |
| (٦) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: ضمن. |
| (٧) في «د»: ساقطة. | (١٤) في «د»: ساقطة. |

زرعه قبل الحصاد، يكون له الخيار، كما لو استأجر الأرض بدراهم فزرعها ثم استحق وفتح الزرع كان المستأجر بالخيار وإن استحققت مكروية قبل الورع فلا شيء عليه، لأن المزارع له مجرد عمل ومجرد العمل لا يتقوم إلا بالعقد أو بشبهة العقد ولم يرد على عمله عقد [النماء] ^(١) إنما ^(٢) ورد على منفعة الأرض ولو كان نخيلاً فأقام العامل عليها وسقاها وحفظها ولم تخرج شيئاً حتى استحققت لم يكن له شيء؛ لأن في المزارعة لو استحققت الأرض بعد العمل قبل الزراعة لم يكن للمزارع شيء فكذا هنا.

ولو أخرجت طلعتها أو بسرّها رجع العامل بأجر مثله على الذي دفع إليه معاملة؛ لأن الأجرة كانت عيناً وقت العقد اعتباراً؛ لأنها صارت عيناً في الانتهاء؛ والتعيين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء، والأجرة متى كانت عيناً واستحققت وجب الرجوع بقيمة المنافع.

وكذلك لو دفع إليه زرعاً بقللاً مزارعة، فقام عليه حتى انعقد حبه ثم استحققت إنه يتخير بين أن يأخذ نصف المقلوع وبين أن يرّد المقلوع ويرجع على رب الأرض بأجر مثل عمله.

وكذلك لو دفع إليه ^(٣) الأرض مزارعة والبذر من قبل رب الأرض فزرعها ونست الزرع ثم استحققت مثل أن يستحصّد فاختار المزارع [رداً] ^(٤) المقلوع يرجع بأجر مثل عمله. وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني رحمه الله تعالى: إنه يرجع بقيمة حصته من الزرع نابئاً، هو يقول: إن الأجرة لم تكن عيناً وقت العقد فإذا رد الأجر بالعب وهو المقلوع وجب الرجوع بقيمة الأجر لا بقيمة المنافع بخلاف المعاملة؛ لأن الأجرة كانت عيناً وقت العقد اعتباراً؛ لأن ما يتولد منه الأجر وهو النخيل معيّن ^(٥) فكان تعيين محل الأجر كتعيين الأجر اعتباراً. أما هنا لم يتعين محل الأجر وهو البذر ولو عين لم يصح التمين حتى كان لرب الأرض أن يعطيه حنطة أخرى. وجه ظاهر الرواية: أن الأجر إن ^(٦) لم يكن معيناً وقت العقد، فقد تعين من بعده، والتمين في الانتهاء كالتعيين في الابتداء. أما ^(٧) في مسألة المعاملة فالأجرة متى كانت عيناً واستحققت وجب الرجوع بقيمة المنافع.

وأما فيما يبرأ عن ضمان نقصان الأرض وفيما لا يبرأ:

رجل زرع أرض رجل بغير إذنه ونقصت الأرض ثم زال النقصان، إن زال قبل الرد ثم رد براء عن الضمان؛ لأنه ردّ كما قبض، وإن زال ^(٨) بعدما رد [لا يبرأ] ^(٩). قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: بعض العلماء قالوا: بأنه يبرأ كمن ^(١٠) باع عبداً فوحد المشتري به عبداً قرال العيب قل القبض أو بعده يبرأ وانقطعت الخصومة بينهما، وكذا لو اشترى جارية وقبضها ثم وجد في إحدى عينيها بياضاً، فصالح البائع ثم زال البياض فعلى المشتري رد ما قبض.

- | | |
|-----------------------------------|----------------------|
| (١) في آه: ساقطة، وهي في آه: وده. | (٦) في آه: ساقطة. |
| (٢) في آه: وده: ساقطة. | (٧) في آه: كما. |
| (٣) في آه: وده: ساقطة. | (٨) في آه: وده: كان. |
| (٤) في آه: ساقطة. | (٩) في آه: ساقطة. |
| (٥) في آه: وده: متعين. | (١٠) في آه: لكن. |

وأما فيما^(١) تسقط أجرة الأرض من المستأجر وفيما لا تسقط:

رجل استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها ولم يجد الماء لسقيها فبیس الزرع فالمسألة على وجهين: إما أن استأجرها بشرها، أو بغير شربها.

ففي الوجه الأول: سقط عنه الأجر لقوات التمكن من الانتفاع.

وفي الوجه الثاني: إن انقطع ماء الزرع على وجه لا يرجى^(٢) فله الخيار. فإن انقطع [منه]^(٣) قليلاً قليلاً ويرجى منه النقي فالأجر عليه واجب، ولو لم ينقطع الماء^(٤) لكن سأل الماء عليها حتى لا تنهيا له الزراعة، فلا أجر عليه؛ لأنه عجز عن الانتفاع به وصار كما إذا غصبه غاصب.

وأما فيما يكون للمزارع أجر عمله وفيما لا يكون:

ولو مخرها^(٥) المزارع ثم نقصت المزارعة فإن كان البذر من [قبل]^(٦) المزارع فلا شيء له^(٧) على رب الأرض؛ لأنه مخر^(٨) لنفسه وإن كان [البذر]^(٩) من قبل رب الأرض فله على رب الأرض أجر مثله؛ لأنه أجبر عمل له بحكم إجارة فاسدة؛ لأنه لا حق له في الخارج في هذه الحالة.

وأما فيما للمزارع أن يزرع ثانياً قبل هلاك بعض الزرع وفيما ليس له ذلك إلى آخره:

رجل دفع أرضه إلى رجل ليتخذ فيها مقطنة^(١٠) ففعل وأكلها الجراد وبقي بها^(١١) شيء فيقول: الأكر إن اتخذ فيها شيئاً من الدرة إلى وقت خروج الأرض من القطن وأبى صاحب الأرض [من]^(١٢) ذلك إن اتخذها مزارعة ليزرعها^(١٣) نوعاً من الزرع، فليس له أن يتخذ بها^(١٤) نوعاً آخر، وإن أخذها إجارة كان له ذلك، وكذلك إن^(١٥) ذهب المقطنة كلها فأراد أن يزرع شيئاً آخر؛ لأن الأرض ربما تتحمل هذا ولا تتحمل ذلك، فلهذا قيده بسرع زرع^(١٦).

وأما فيما يجب على المزارع والمعامل، وفيما يجب على رب الأرض:

إذا دفع كرمه معاملة فالقصب^(١٧) على رب [الكرم]^(١٨) والعمل يصير فارغاً على المعامل في عرفنا فعلى هذا في الإجارة الطويلة فوارع الكرم على من؟ فهو^(١٩) على التخصيل: إن باع أصول العنب كما هو أحد الطريقين فهو على المستأجر، وإن دفع معاملة

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ج» و«د»: لا يرى. (٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «أ»: امال. واستبدلتها بما في «ج». (٥) في «ج»: مخرها.

(٦) في «أ»: ساقطة. (٧) في «ج» و«د»: ساقطة. (٨) في «ج»: مخر.

(٩) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(١٠) في «ج» و«د»: مقطنة، وفي «أ»: مقطعة، ولعل الأول أصح، لأن المقصود أن يتخذها لزراعة القطن.

(١١) في «ج» و«د»: لها. (١٢) في «أ»: ساقطة. (١٣) في «ج» و«د»: ليزرع بها.

(١٤) في «ج» و«د»: فيها. (١٥) في «ج» و«د»: إذا. (١٦) في «ج»: ساقطة.

(١٧) في «ج» و«د»: القصب، وفي «أ»: القصة وهو تصحيف.

(١٨) في «أ»: ساقطة، وفي «ج» و«د»: الكرم، وأثبتنا ما في «ج» و«د».

(١٩) في «ج» و«د»: ساقطة. وأشار إليه بالضمير في فوارعه.

كما هو أحد الطريقين بالقصب [على] ^(١) الأجر والعمل على المستأجر. وقد ذكر هذه الجملة في كتاب الإحارات.

الفصل الثالث

في اختلاف المزارع مع رب الأرض في الزرع وغيره، وفي اختلاف الفارس في الشجر مع غيره إلى آخره

مزارع زرع أرضاً لرجل فلما حصد. قال رب الأرض: كنت أجيري وزرعته ببذري [وقال المزارع: لا بل كنت أكاراً لك وزرعته ببذري] ^(٢). فالقول: قول المزارع، لأن رب الأرض صدقه في أن المزارع هو والزرع في يده.

رجل دفع إلى رجل أرضاً ليغرسها كرمًا، ودفع إليه الثألة فغرسها وأدرك الكرم فقال المدفوع إليه: سرقت مني الثألة التي دفعتها إليّ وإنما ^(٣) غرسنها من ثألة عندي فأنا أنلعمها وكذبه صاحب الأرض، وأراد أخذ الكرم ^(٤). فالقول: قوله في أن الثألة سرقت منه ^(٥)؛ لأنه أمين [في ذلك] ^(٦) ولا يصدق في قوله: عرست من ثألة عندي؛ لأنه يدعي ذلك والآخر ينكر ^(٧).

ولو اختلف رب الأرض والمزارع في الثلث والنصف قبل الزراعة تحالفاً وتراذاً؛ لأنهما اختلفا في بدل عقد يقال ويفسخ والمعقود عليه قائم فيتحالفاً، وإن لم يكن هذا العقد لازماً من أحد الجانبين ويبدأ يمين من لم يكن البذر من قبله؛ لأن من لم يكن البذر من قبله [أشبه بالمكرين؛ لأنه إذا ترك لا يترك، وهذا هو أحد المنكرين، ومن كان البذر من قبله] ^(٨) إذا ترك، وهذا أحد المدعين فكان البداية يمين من كان ^(٩) أشبه بالمنكرين أولى، ومن قامت له بينة قبلت؛ لأنه أثبت ما ادّعاه بالبينة وصار البذل معلوماً فبطل التحالف.

ولو زرع رجل أرض رجل بذره ولم تخرج شيئاً، ثم قال: شرطت لك النصف، فلم تخرج شيئاً فلا شيء لك ^(١٠)، وقال رب الأرض: شرطت لي عشرين قفيزاً فلي مثل أجر الأرض وقامت لهما بينة فإنه يؤخذ ببينة المزارع، واختلف المشايخ فيه منهم من قال: في المسألة: روايتان، ومنهم من قال: فيها ^(١١) رواية واحدة، وقد ذكرنا هذا في المضاربة، ولو ^(١٢) لم يزرع حتى اختلفا كان القول: قول الذي ^(١٣) يدعي الفساد وهو عشرون قفيزاً؛ لأن المزارع يدعي مزارعة جائزة ورب الأرض يدعي إجارة فاسدة، فكان هذا اختلافاً في

(٨) في وجه: إذا ترك ... من كان ساقطة.
(٩) في وجه: ساقطة.
(١٠) في وجه: له.
(١١) في وجه: منه.
(١٢) في وجه: ساقطة.
(١٣) في وجه: من.

(١) أي: القصب، كما هو في وجه و«د».
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في وجه و«د»: وأنا.
(٤) في وجه: الأرض.
(٥) في وجه و«د»: مني.
(٦) في «أ»: ساقطة.
(٧) في وجه: منكر.

نوع العقد، والاختلاف منى وقع في نوع العقد تعتبر الدّعى والإنكار، ويجعل القول^(١) قول المنكر والمكرهما من يدعي الفساد؛ لأنه^(٢) ينكر الملك في مفعة الأرض، وإبينة بيته من يدعي لجواز؛ لأن بيته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت أصل العقد وجوازه وبينة الآخر وإن كانت تثبت^(٣) أصل العقد لا تثبت الجواز.

ولو زرعهما فأخرجت زرعهما^(٤) فادعى صاحب البذر أنه شرط لصاحبه النصف وزيادة عشرة أفقرة، فالقول قول الذي يدعي النصف؛ لأنهما اتفقا على العقد واتفقا على شرط النصف وأنه كافٍ لصحة^(٥) المزارعة واتفقا عليها على النصف وأنه كافٍ لصحة^(٦) المزارعة اتفاق منهما على المزارعة إلا أن صاحب البذر بدعواه أنه شرط له زيادة عشرة أفقرة يدعي شرطاً زائداً [وأنه]^(٧) يوجب فساد العقد والأصل أنهما إذا اتفقا على عقد واحد واختلفا في الحواز والفساد وادعى أحدهما شرطاً رائداً يوجب الفساد وأنكر الآخر يكون القول قول من يدعي الحواز كما في البيع إذا ادعى أحدهما أنه شرط له أجلاً مجهولاً أو خياراً مجهولاً وأنكر الآخر كان القول قول المنكر كذا هنا والبيته بيته من يدعي النصف وزيادة عشرة أفقرة؛ لأن بيته أكثر إثباتاً لأنهما استويا في إثبات النصف الذي هو شرط الجواز وتفردت بيته بإثبات زيادة عشرة أفقرة وصار هذا كالمضارب ورب المال إذا اختلفا على هذا الوجه كان القول قول من ينكر زيادة عشرة دراهم على النصف والبيته بيته من يدعي زيادة عشرة دراهم على النصف.

ولو ادعى صاحب البذر النصف إلا خمسة أفقرة لصاحبه وادعى صاحب النصف فالقول قول صاحب البذر والبيته بيته من يدعي الجواز؛ لأنهما اختلفا في نوع العقد لأنهما ما اتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة؛ لأن أحدهما ادعى النصف والآخر أقر له ببعض النصف لأن الاستثناء تكلم بما وراء المستثنى فصار مقراً ببعض النصف وأنه لا يكفي لصحة المزارعة فلم يتفقا على ما^(٨) يكفي لصحة المزارعة فلم يتفقا على نوع العقد فكان هذا اختلافًا في نوع العقد ادعى أحدهما مزارعة والآخر ادعى^(٩) إجارة فاسدة فلا تجعل القول قول من يدعي الجواز بل تعتبر الدّعى والإنكار، والمكر من يدعي فساد العقد فيكون القول قوله، وليته بيته الآخر. هذا إذا أخرجت الأرض زرعاً.

ولو لم تخرج الأرض شيئاً وادعى أحدهما النصف وزيادة عشرة أفقرة. وادعى الآخر النصف وقامت لهما بيته فاليته بيته من يدعي الأكثر؛ لأن بيته أكثر إثباتاً؛ لأنهما استويا في إثبات شرط الجواز؛ وهو شرط النصف، وتفردت بيته بإثبات عشرة أفقرة.

(١) في «ج»: دله. (٢) في «ج»: ساقطة.
(٣) في «ج»: بيته. (٤) في «ج»: و«د»: زرعاً.
(٥) في «ج»: و«د»: كافٍ لصحة، وفي «ه»: كان في صحة، ولم يله تصحيح ولداً أثبتنا الأول.
(٦) في «ج»: و«د»: كافٍ لصحة، وفي «ه»: كان في صحة. والمثل الأول.
(٧) في «ه»: ساقطة. (٨) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج»: ساقطة.

ولو قامت لهما بيئة واحدة^(١) وأحدهما يدعي النصف إلا عشرة أفقرة فالبينة بيئة من يدعي جواز المزارعة؛ لأن هذه المسألة بمنزلة ما لو ادعى أحدهما النصف والآخر عشرين قفيزاً لما قلنا من قبل، وفي تلك المسألة: لو قامت البيئة كانت البيئة بيئة من يدعي جواز المزارعة.

ولو اختلفا قبل الزرع، فقال رب الأرض والبذر: شرطت لك النصف، وقال المزارع: شرطت لي النصف وزيادة عشرة أفقرة فالقول: قول رب الأرض في قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى على قياس من أجاز المزارعة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: القول قول المزارع، وإن اختلفا كذلك بعد الزراعة^(٢)، فالقول: قول صاحب الأرض الذي هو صاحب البذر والمدعي للحواز عندهم جميعاً. أبو حنيفة رحمه الله تعالى: سوى بين الحالين، لأنهما في الحالين اتفقا على ما يكفي لصحة المزارعة وادعى أحدهما شرطاً زائداً يوجب فساد العقد، وأكر الآخر، فيكون القول: قول المنكر، وأبو يوسف رحمه الله تعالى: فرق بين الحالين. ووجه الفرق: أن المزارع الذي لا بذر من قبله يدعي هذه الزيادة بدلاً لعمله فهذا نائع ادعى زيادة في بدل المعقود عليه فإن كان المعقود عليه مقبوضاً في يد^(٣) المشتري وقد هلك في يده، فالقول: قول المشتري، وإن كان غير مقبوض للمشتري كان القول: قول البائع؛ لأنه ينكر تسليم المعقود عليه بما ادعى من البدل فإن قامت لهما بيئة أخذ بيئة المزارع في قولهم جميعاً؛ لأنها^(٤) أكثر إثباتاً لما قلنا من قبل.

ولو قال المزارع: شرطت لي النصف إلا عشرة أفقرة فالقول: قول رب الأرض الذي هو رب البذر في قولهم. فرق بين هذه المسألة وبينما إذا ادعى أفقرة معلومة بأن ادعى عشرين قفيزاً في هذه الصورة وهو ما قبل الزراعة والبذر من قبل رب الأرض حيث كان القول: قول المزارع، والفرق: أن في تلك المسألة: الكلام مخرج مخرج الدعوى والإنكار؛ لأن مدعي النصف لم يقر لصاحبه بما ادعى؛ لأنه أقر له بالنصف وربما يكون النصف أقل من^(٥) عشرين قفيزاً، ولما خرج الكلام مخرج الدعوى والإنكار كان القول قول من^(٦) يدعي الفساد؛ لأنه هو المنكر.

وأما ما هنا الكلام لم يخرج مخرج الدعوى والإنكار؛ لأن مدعي الفساد ادعى النصف إلا عشرة ومدعي النصف أقر له بما ادعاه وزيادة، فكان في إنكاره الزيادة متمتعاً قاصداً لفساد العقد فلم يلتفت إلى إنكاره وإن قامت لهما بيئة قبلت بيئة رب الأرض أيضاً؛ لأن بيئته أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت جواز العقد وزيادة بنفها^(٧) بيئة الآخر، فكان القول: قوله لمعنى، والبيئة بيئته لمعنى آخر، فلو قال رب الأرض والبذر: شرطت لك النصف وعشرة أفقرة، وقال المزارع: النصف، فالقول: قول المزارع في قولهم، فأبو حنيفة: سوى

(٥) في وجه. ساقطة.

(٦) في وجه: ساقطة.

(٧) في وجه: ثلث.

(١) في وجه. ساقطة.

(٢) في وجه: الزرع.

(٣) في وجه: في يد. ساقطة.

(٤) في وجه: لأنهما.

بينهما^(١) إذا كان مدعي النصف رب الأرض الذي هو رب البذر وبينهما^(٢) إذ كان هو المزارع حيث جعل القول: قول من يدعي الجواز. وهما رحمهما الله تعالى: فرقا، وجعل القول: قول مدعي النصف إذا كان مدعي النصف هو المزارع. والفرق: أن مدعي النصف إذا كان هو المزارع كانا متفقين على عقد واحد واختلفا في الجواز والفساد ادعى صاحب البذر الفساد؛ لأنه ليس [يدعي] هذه الزيادة لنفسه ليكون مدعي الزيادة في بدل العقد بقي مدعي شرطاً^(٣) فاسداً والآخر ينكر، فيكون^(٤) القول: قوله فأما إذا كان مدعي النصف رب الأرض والمزارع [يدعي]^(٥) الزيادة في بدل العقد والمعقود عليه قائم فيكون القول: قوله والبيئة بيئة رب الأرض؛ لأن بيئته أكثر إثباتاً؛ لأنهما استويا في إثبات النصف الذي هو شرط الجواز، وتفردت بيئته بإثبات زيادة^(٦) عشرة أفقرة فكان هذا كالمضاربة^(٧) إذا اختلفا على هذا الوجه وأقاما جميعاً البيئة كانت البيئة بيئة من يدعي زيادة عشرة دراهم، ولو قال: رب الأرض شرطت لك النصف إلا عشرة أفقرة فالقول: قول رب الأرض^(٨) الذي هو رب البذر؛ لأن الكلام هنا خرج مخرج الدعوى والإنكار؛ لأن صاحب الأرض الذي هو صاحب البذر لم يقر للمزارع بما يدعي وزيادة، فكان القول: قول المنكر ورب الأرض هو المنكر [لأنه]^(٩) ينكر الزيادة وهو زيادة عشرة أفقرة والبيئة بيئة المزارع؛ لأنها أكثر إثباتاً؛ لأنها تثبت زيادة عشرة أفقرة فكانت بيئته أولى، [هنا كله قبل الحمل.

ولو مات المزارع أو رب الأرض أو كلاهما^(١٠) واختلفوا في نصيب^(١١) المزارع^(١٢) في قلته وكثرته فإن علم أن البذر كان من قبل أحدهما بعينه فالقول: قوله فيما شرط له أو ورثته إن كان ميتاً، وعلى الآخر البيئة؛ لأن من كان من قبله البذر مستأجر، ومن لا بذر من قبله مؤاجر، والمستأجر [مع]^(١٣) المؤاجر [متى]^(١٤) اختلفا بعد انقضاء المدة في مقدار الأجر^(١٥)، كان القول: قول المستأجر والبيئة بيئة المؤاجر، فكذا هنا، وإن لم يعلم؛ كان القول: قول المزارع إن كان حياً وورثته إن كان ميتاً أن البذر كان من قبله؛ لأن المزارع ذو اليد [والقول: قول ذي اليد]^(١٦) والبيئة بيئة الخارج.

وأما فيما لأحد الشريكين أن يزرع الأرض المشتركة أو يدفعها مزارعة بإذن صاحبه أو بغير إذن صاحبه إلى آخره:

أرض بين شريكين مات أحدهما للشريك أن يزرع نصف الأرض؛ لأن نصفه ملكه إلا

- (١) في «ج»: بيما. (٢) في «ج»: و«د»: وبينما، وفي «أ»: وبيهما، والمثبت الأول.
(٣) في «أ»: ساقطة. (٤) في «ج»: و«د»: ساقطة.
(٥) في «ج»: و«د»: يدعي، وفي «أ»: يدعوى، والمثبت الأول. (٦) في «ج»: و«د»: ساقطة.
(٧) في «ج»: و«د»: كالمضارب. (٨) في «ج»: و«د»: شرطت... رب الأرض: ساقطة.
(٩) في «ج»: و«د»: لأنه، وفي «أ»: فإنه، والمثبت الأول. (١٠) في «أ»: ساقطة.
(١١) في «ج»: و«د»: ساقطة. (١٢) في «ج»: و«د»: المزرع. (١٣) في «أ»: ساقطة.
(١٤) في «أ»: ساقطة. (١٥) في «ج»: و«د»: الأجر، وفي «أ»: الأرض، والمثبت الأول.
(١٦) في «أ»: ساقطة.

ن [في] ^(١) السنة الثانية يزرع ذلك النصف، وليس له أن يزرع النصف الآخر.
ولو كانت أرض بين رجلين ^(٢) يدفعها أحدهما إلى صاحبه يزرعهما ببدنه على أن
الخارج بينهما نصفان، فهنا ثلاث ^(٣) مسائل:
أحدها: أن يكون البذر من قبل المزارع.
والثانية: أن يكون البذر من قبل الدافع.
والثالثة: أن يكون البذر من قبلهما.

أما المسألة الأولى. على ثلاثة أوجه: إما أن شرطاً أن الخارج بينهما نصفان، أو
شرطاً ^(٤) [أن] الثلثين للمزارع والثلث للدافع، أو شرطاً على العكس.

وفي الوجه الأول: وهو ما إذا شرطاً [أن] ^(٥) الخارج [بينهما] ^(٦) نصفان فسدت
المزارعة؛ لأننا نجعل [نصيب] ^(٧) كل واحد من الشريكين كأرض على حدة فيصير تقدير
المزارعة كأن الدافع قال للمزارع: [ازرع] ^(٨) أرضي ببذري ^(٩) ليكون الخارج كله لي على
أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج كله لك [ولو كان كذلك فسدت المزارعة في أرض
الدافع؛ لأنه أجر أرضه بجميع الخارج، وقوله: ازرع أرضك ببذرك] ^(١٠) ليكون الخارج كله
لك مشورة وليس بمزارعة، وإذا فسد هذا في الأرضين فسد في الأرض المشتركة، وإنما
جعلنا نصيب كل واحد من الشريكين [كأرض] ^(١١) على حدة؛ لأن العامل عمل في أحد
التصبيين بحكم الملك، وفي النصيب الآخر بحكم المزارعة، فاختلف حكم التصبيين
فوجب اعتبار كل واحد من التصبيين على الانفراد فما فسد [من] المزارعة ^(١٢) في أرضين
فسد في هذه الأرض المشتركة وما جاز في أرضين حاز في هذه الأرض المشتركة.

وفي الوجه الثاني: وهو ^(١٣) ما إذا شرطاً ثلثي الخارج للمزارع جازت المزارعة
والخارج بينهما على ما شرطاً؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة فيصير
تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع: ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثاً؛ ثلثاه
لي، والثلث لك على أن تزرع أرضك ببذرك على ^(١٤) أن يكون الخارج كله لك حتى يصير
في الحاصل ^(١٥) كل الخارج بيننا أثلاثاً؛ ثلثاه للمزارع والثلث للدافع، ولو كان كذلك جازت
المزارعة في أرض الدافع؛ لأنه صار مؤجراً أرضه بثلث الخارج؛ وقوله: على أن تزرع

- | | |
|------------------------------|---|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ود». بذرك. |
| (٢) في «ج»: ود». شريكين. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ود». ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ود». فما فسد من المزارعة، وهي «أ». |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | فأفسد المزارعة، وأبينا الحملة الأولى. |
| (٦) في «أ»: ود». وهي في «د». | (١٣) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «ج»: ساقطة. |
| (٨) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: من الحاصل - ساقطة. |

أرضك ببذرِكَ ليكون الخارج كله لك مشورة وليس بمزارعة. أكثر ما في الباب أنها مشروطة في المزارعة لكن اشتراط المشورة في المزارعة مما لا يوجب الفساد؛ لأنه مشروط للمزارع في المزارعة ما هو ثابت له.

وفي الوجه الثالث: وهو [ما] ^(١) إذا شرط على العكس فسدت المزارعة في أرض الدافع؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة فيصير تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع: ازرع أرضي ببذرِكَ ليكون ^(٢) الخارج كله لي، وعلى أن تزرع أرضك ببذرِكَ ليكون ثلثا ^(٣) الخارج لي، ولو كان كذلك فسدت المزارعة في أرض الدافع، لأنه صار مؤاجراً أرضه بكل الخارج وبيع بعض الخارج من أرض المزارع وإحارة الأرض بكل الخارج لا تجوز فبطل ^(٤) الخارج وبيع بعض الخارج من أرض المزارع [أولى] ^(٥).

وأما في ^(٦) المسألة الثانية: وهو ما إذا كان البذر من قبل الدافع فهذه المسألة أيضاً على ثلاثة أوجه:

في الوجه الأول: وهو [ما إذا] ^(٧) شرط ^(٨) الخارج نصفين فسدت المزارعة، لأن نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع: ازرع أرضي ببذرِكَ ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرِي ^(٩) ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك فسدت المزارعة في أرض الدافع؛ لأن الدافع جعل أجر ^(١٠) عمل المزارع في أرضه أن يقرضه بذراً يزرعه ^(١١) في ^(١٢) أرضه؛ لأنه جعل الثاني مشروطاً في الأول، وإقراض البذر لا يصلح أجراً للعمل؛ لأن القرض متى صار أجر عمله صار مضموناً بالمثل وزيادة وهو عمله.

وفي الوجه الثاني: وهو ما إذا شرط ثلثي الخارج للمزارع والثلث للدافع ^(١٣) فسدت المزارعة؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد [منهما] ^(١٤) كأرض على حدة فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع ^(١٥): ازرع أرضي ببذرِي ليكون [الخارج] ^(١٦) بيننا أثلاثاً ثلثاً لي وثلث لك، على أن تزرع أرضك ببذرِي ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك فسدت المزارعة في أرض الدافع؛ لأنه جعل أجر عمله في أرضه بيع بعض الخارج من أرضه وإقراض البذر ليزرع به أرضه.

وفي الوجه الثالث: وهو ما إذا شرطاً الثلث للمزارع والثلثين للدافع فسدت المزارعة.

- | | |
|-------------------------|--------------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «د»: ببذرِكَ. |
| (٢) في «ج»: يكون. | (١٠) في «ج»: آخر، ولعله تصحيف. |
| (٣) في «ج» و«د»: ثلث. | (١١) في «ج» و«د»: يزرع به. |
| (٤) في «ج»: بكل. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «د»: للمزارع. |
| (٦) في «ج»: في: ساقطة. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٨) في «ج» و«د»: شرطاً. | (١٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د». |

لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض^(١) على حدة فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال: ازرع أرضي ببذري^(٢) ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذري ليكون الخارج بيننا أثلاثاً، ولو كان كذلك فسدت المزارعة في أرض الدافع، لأنه جعل أجر عمل المزارع في أرضه [بعض]^(٣) ما يخرج من أرض المزارع وذلك فاسد.

وأما المسألة الثالثة: وهو ما إذا كان البذر من قبلهما فهذه المسألة على ثلاثة أوجه إما أن يكون البذر من قبلهما نصفين أو أثلاثاً: ثلثا البذر من قبل المزارع والثلث من قبل الدافع، أو على العكس.

أما الوجه الأول: وهو ما إذا كان البذر من قبلهما نصفين فعلى ثلاثة أقسام إما إن^(٤) شرطاً أن يكون الخارج بينهما نصفين أو أثلاثاً ثلثا الخارج^(٥) للمزارع والثلث للدافع، أو شرطاً على العكس.

ففي القسم الأول: وهو ما إذا شرطاً الخارج بينهما نصفين جازت المزارعة؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال: ازرع أرضي ببذري^(٦) [ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرك]^(٧) ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك جاز، لأن الأول: استعانة بالعامل، والثاني: مشورة، وليس بمزارعة، وكل واحد من الأمرين حالة الانفراد جائز، فكذا حالة الجمع [إذا الجمع]^(٨) لم يوجب معنى يوجب الفساد.

وفي القسم الثاني: وهو ما إذا شرطاً ثلثي الخارج للمزارع والثلث^(٩) للدافع، والصحيح: أن في هذه المسألة روايتين [متى]^(١٠) كان البذر مميزاً وقت الإلقاء، وإذا كان مختلطاً وقت الإلقاء لا يجوز على الروايات كلها.

وفي القسم الثالث: وهو ما إذا شرطاً ثلثي الخارج [للدافع]^(١١) والثلث للمزارع^(١٢) بالصحيح أن في هذه المسألة روايتين متى كان [الخارج]^(١٣) للدافع والثلث للمزارع^(١٤) فسدت المزارعة على الروايات كلها، لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع: ازرع أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي على أن تزرع أرضك ببذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثاً، ولو كان كذلك فسدت المزارعة، لأنه

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د».

(٢) في «أ»: ساقطة. (٤) في «ج» و«د»: إن، وفي «أ»: إذا، وأثبتنا الأول.

(٥) في «د»: بينهما... الخارج ساقطة، وهي في «أ» و«ج» (٦) في «ج» و«د»: ببذري.

(٧) في «أ»: ساقطة. (٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «ج» و«د»: والثلث، وفي «أ»: والثالث، وأثبتنا الأول.

(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د».

(١٢) في «أ» و«ج»: للدافع، وفي «د»: للمزارع، وهو المذهب حسب التقسيم في الوجه الأول.

(١٣) في «ج»: والثلث للدافع... متى كان: ساقطة.

(١٤) في «د»: فالصحيح... والثلث للمزارع: ساقطة.

استعان بالعامل في نصف الأرض وشرط عليه لنفسه بعض الخارج من أرضه ويديره وهد فاسد، ومتى فسدت المزارعة كان الخارج بينهما نصفين على قدر بذرهما.

وأما الوجه الثاني: وهو ما إذا كان البذر من قبلهما أثلاثاً ثلثاً من قبل المزارع، والثلث من قبل الدافع فهو^(١) على ثلاثة أقسام أيضاً.

ففي القسم الأول: وهو ما إذا شرط الخارج بينهما نصفين فسدت المزارعة لأنا جعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع ازرع أرضك بيدرك ليكون الخارج كله لك، وازرع ثلثي أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي، وازرع ثلث أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي^(٢)، ولو كان كذلك فسدت المزارعة؛ لأن الدافع صار دافعاً ثلث أرضه مزارعة بكل الخارج، فصار أجراً بكل الخارج وإجارة الأرض بكل الخارج فاسدة.

وفي القسم الثاني: وهو ما إذا شرطاً ثلثي الخارج للمزارع والثلث للدافع فسدت المزارعة؛ لأننا جعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال للمزارع ازرع أرضك ببذرك ليكون الخارج كله لك، وازرع ثلثي أرضي ببذرك^(٣) ليكون الخارج كله لي، وازرع ثلثه ببذرك ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك^(٤) فسدت المزارعة؛ لأن الدافع جعل أجر عمل المزارع في ثلثي أرضه في بذر مشترك بثلث منفعة نصيبه من الأرض وأنه فاسد.

وفي القسم الثالث: وهو ما إذا شرطاً ثلث الخارج للمزارع والثلثين للدافع فسدت المزارعة؛ لأننا جعل نصيب كل واحد منهما^(٥) كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال: ازرع ثلثي أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي وثلث أرضي ببذرك ليكون الخارج كله لي، وجميع أرضك بيدرك ليكون الخارج بينهما أثلاثاً، ولو كان^(٦) كذلك فسدت المزارعة؛ لأن كل واحد منهما فاسد على الانفراد، فكذا حالة الاجتماع.

وأما الوجه الثالث: وهو ما إذا شرطاً ثلث البذر على المزارع وثلثيه^(٧) على الدافع.

ففي القسم الأول: وهو ما إذا شرطاً أن يكون الخارج بينهما نصفين فسدت المزارعة؛ لأن^(٨) [نجعل] نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الدافع قال [للمزارع]^(٩): ازرع أرضي ببذرك^(١٠) ليكون الخارج كله لي، وازرع أرضك ثلثي ببذري [وثلثيها]^(١١) بيدرك ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك فسدت المزارعة؛ لأن

(١) في نسخة: ساقطة.

(٢) في نسخة: ساقطة.

(٣) في نسخة: ساقطة.

(٤) في نسخة: ببذري.

(٥) في نسخة: ولو كان كذلك: ساقطة.

(٦) في نسخة: ساقطة.

(٧) في نسخة: وثلثيه.

(٨) في نسخة: وثلثيه.

(٩) في نسخة: وثلثيه.

(١٠) في نسخة: وثلثيه.

(١١) في نسخة: وثلثيه.

(١٢) في نسخة: وثلثيه.

الذافع جعل أحر عمل المزارع في أرضه^(١) إقراض بذر يزرع به ثلث أرضه.

وفي القسم الثاني: وهو ما إذا شرطاً ثلثي الخارج للمزارع والثلث للذافع فسدت المزارعة؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الذافع قال: ازرع أرضي ببذري^(٢) ليكون الخارج بيننا أثلاثاً ثلث^(٣) لي وثلثي^(٤) لك وازرع أرضك ثلثاه^(٥) بيدرك وثلثه ببذري ليكون الخارج كله لك، ولو كان كذلك فسدت المزارعة؛ لأن الذافع جعل أجر عمل المزارع في أرضه ثلث الخارج وإقراض البذر ليزرع [به]^(٦) ثلث أرض نفسه وهذا فاسد.

وفي^(٧) القسم الثالث: وهو ما إذا شرطاً ثلث الخارج للمزارع والثلثين للذافع فسدت المزارعة؛ لأننا نجعل نصيب كل واحد منهما كأرض على حدة، فصار تقدير المزارعة كأن الذافع قال للمزارع: ازرع أرضي ببذري ليكون الخارج كله لي، وازرع أرضك ثلثها ببذري وثلثيها بذرك ليكون الخارج بيننا أثلاثاً: ثلثه لك وثلثه لي، ولو كان كذلك فسدت المزارعة؛ لأنه جعل أجر^(٨) عمل المزارع في أرضه دفع البذر إليه منفرداً مزارعة من غير أرض ولا عمل ودفع البذر مفرداً مزارعة من غير أن يكون أحر العمل لا تجوز فكيف إذا جعل^(٩) أجراً للعمل.

ولو كان نخيلاً بين رجلين فدفع أحدهما إلى صاحبه بالثلثين للعامل لم يجز؛ لأنهما شريكان واستنجا أحدهما الشريكين [الأخر]^(١٠) للعمل في محل مشترك لا يجوز.

أحد الشريكين إذا زرع من غير^(١١) إذن صاحبه وسقاها كان لشريكه أن يأخذها بالقسمة بقاسمه فما أصاب نصيبه أقره على ذلك، وما أصاب نصيب شريكه كان له أن يأخذها فيقلعه فبصنعه ما دخل من النقصان في حصته، وإن كان الزرع قد أدرك أو قرب من ذلك فذلك للمزارع؛ لأنه حصل من بذره وبضمن النقصان إن دخله.

وأما فيما يكون له الزرع وعليه نقصان الأرض، وفيما يكون له الشجر وفيما لا يكون إلى آخره:

إذا رفع^(١٢) الزرع من الأرض وقد كان تناثراً^(١٣) في الأرض فنبت بسقيه زرع آخر وأدرك فهو بينه وبين الأكار على قدر نصيبهما ثم يتصدق الأكار بنصيبه، وإن كان بسقي رب الأرض ومعونته فهو له، وإن كان لذلك الحب قيمة فعلية ضماناً، وإلا لا شيء عليه، لأنه قد استهلكه بالسقي، وإن كان ذلك بسقي أجنبي كان متطوعاً والزرع بين المزارع

- | | |
|--|--------------------------|
| (١) في «د»: لأن الذافع . . . في أرضه: ساقطة وهي في «د» و«د». | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ببذرك. | (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: ثلثاه. | (١٠) في «د» و«د»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و«د»: ثلثه. | (١١) في «ج»: بغير. |
| (٥) في «ج» و«د»: ثلثاه، وفي «د»: ثلثه، والمثبت الأول. | (١٢) في «ج» و«د»: دفع. |
| (٦) في «د»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: سائر. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | |

وصاحب^(١) الأرض على ما شرطاً؛ لأنه حصل على ملكهما.

شجرة^(٢) في أرض رجل نبت من عروقها في أرض آخر إن كان نبت بسقي صاحب الأرض وإنباته فهو له؛ لأنه سببه، وإن نبت بنفسه فهو لصاحب الشجرة^(٣)؛ لأنه تولد من أصله وهو الأرض وذلك كالشرط له إذا صدقه صاحب الأرض.

رجل ألقى البذر في أرض نفسه فجاء غاصب وألقى بذره على بذره وسقى البذر^(٤) فنبت البذران [جميعاً]^(٥) أو قلب قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فما خرج من البذر فهو للغاصب في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه للأول مثل بذره مبذوراً في أرضه وإنما يعرف هذا بتقويم الأرض مبذورة وغير مبذورة^(٦) فما كان بين ذلك فهو المثل وإنما كان كذلك؛ لأن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى الخلط استهلاك والخالط هو الغاصب فيجب عليه مثله؛ لأن الحطة من ذوات الأمثال فلو جاء رب^(٧) الأرض وألقى فيه^(٨) بذراً آخر ثانياً وقلب الأرض قبل الثبات أو لم يقلب، ولكن سقاه فما خرج [فهو]^(٩) له وعليه للغاصب مثل بذره لما قلنا، وعندهما رحمهما الله تعالى: في المسألتين جميعاً^(١٠) للأول حبار إن شاء ضمن الأول كما قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وإن شاء شاركه والزرع بينهما؛ لأن هذا زرع نبت عن بذرهما، فصار كما لو خلطوا وبذرا، فإن كان البذر الأول نبت حين ألقى الغاصب فيه بذر نفسه فقلبه وسقاه فإن كان يتصور نباته بعد ذلك فالجواب على ما مر^(١١)، وإن كان لا ينبت فعليه قيمة زروعه.

رجل زرع أرض غيره بغير أمره فالغلة له وعليه ما نقص من الأرض. وتفسيره: أنه ينظر بكم تشتري هذه الأرض قبل الاستهلاك^(١٢) وبكم تشتري بعده، ثم ينظر هل بينهما تفاوت فيرجع عليه بنقصان ذلك؟

مزارع زرع نواة^(١٣) فقلع بعضها وبقي البعض فنبت بعد مضي مدة المعاملة بسقيه وإنباته فإن بقي في الأرض غير مقلوع حتى نبت فهو بينه وبين رب الأرض على الشرط وإن قلعه وبقي مقطوعاً كذلك^(١٤) فهو للبذر نبت بسقيه وعليه ضمان ما استهلك؛ لأن الباتي حقهما فهو بالسقي والإنبات استهلكه بخلاف ما إذا تركه غير مقلوع.

نواة لرجل ألفت بها^(١٥) الزرع في أرض رجل فنبت منها شجرة فذلك يكون لصاحب الأرض؛ لأن النواة لا قيمة له^(١٦).

- | | |
|--------------------|---|
| (١) في «ج»: قرب. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: شجر. | (١٠) في «د»: في المسألتين جميعاً: ساقطة، وهي في «أ» و«ج». |
| (٣) في «ج»: الشجر. | (١١) في «ج» و«د»: ما ذكرنا. |
| (٤) في «ج»: الأرض. | (١٢) في «ج» و«د»: الاستعمال. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: نوماً. |
| (٦) في «ج»: بذر. | (١٤) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: جادت. | (١٥) في «ج»: ألفتها. |
| (٨) في «د»: فيها. | (١٦) في «ج» و«د»: لها. |

وأما الحيلة في أن يصير الزرع مشتركاً بين الزارع وغيره:

رجل له أرض فأراد أن يأخذ من الآخر بذراً ويكون الخارج بينهما نصفين، فالحيلة في ذلك: أن يشتري منه^(١) نصف البذر شمن معلوم ويقبضه ويبرئه البائع عن^(٢) الشمس، ثم يقول^(٣): أزرعها فما^(٤) أخرج الله تعالى فهو بيننا نصفان فما خرج فهو بينهما؛ لأن البذر بينهما.

وأما فيما يطيب الزرع^(٥) للزارع وفيما لا يطيب:

رجل زرع أرض رجل ولم يعلم به صاحب الأرض حتى استحصد الزرع ثم علم ورضي بطيب للزارع [الزرع]^(٦)، وكذلك إذا قال: لا أرضي، ثم قال: رضيت؛ لأن الرضى في الانتهاء [بمنزلة]^(٧) الإذن في الابتداء، وإذا أذن في الابتداء يطيب له، فكذا إذا رضي في الانتهاء.

رجل سرق ماء فسقى أرضه أو^(٨) كرمه فما قصب^(٩) يطيب له بمنزلة رجل غصب شعيراً أو نبأً وسمن به دابته فعليه قيمة العلف، وما زاد في الذابة يطيب له.

رجل غرس أرض رجل بغير أمره فكبرت الأشجار إن كان رب الأرض مقرراً بأن الغارس هو الذي غرسه من ملك نفسه فهو للغارس، ولم يطب للغارس فيما بينه وبين الله تعالى، وإن كان غرسه بغير أمره لمن شرط شرطه^(١٠) فما^(١١) غرسه فكله له ويطيب به ذلك^(١٢).

وأما ما يجوز أخذ ما يزكو من الزرع في المزارعة والشمر في المشجرة^(١٣) وفيما لا يجوز:

المبطلخة إذا قلعت وبقيت فيها بقية فانتهب^(١٤) الناس ذلك إن [كان]^(١٥) تركها ليأخذها الناس فلا بأس بذلك، وهو بمنزلة من حمل زرعها وبقيت فيها سنابل إن ترك مثل ما بترك الناس^(١٦) عادة ليأخذها الناس^(١٧) فلا بأس بأخذها؛ لأنه يمثل هذا جرت العادة بين الناس، وكذلك من استأجر أرضاً ليزرعها فزرعها ورفعها فبقيت فيه بواقي سقاها رب الأرض فنت سقيه فهو له لما ذكرنا أن مثل ذلك لا يطلب عادة.

وأما في الأعذار التي تفسخ بها المزارعة وفيما لا تفسخ:

رجل دفع أرضه مزارعة والبذر من قبل رب^(١٨) الأرض فكربها العامل وحفر أنهارها

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ج»: و«د»: من. (٣) في «ج»: ساقطة. (٤) في «ج»: و«د»: على أن ما. (٥) في «ج»: ساقطة. (٦) في «أ»: و«ج»: ساقطة، وهي في «د» (٧) في «أ»: ساقطة. (٨) في «ج»: أو: ساقطة. (٩) في «ج»: و«د»: خرج. (١٠) في «ج»: و«د»: من شرط بشرطه. (١١) في «ج»: ما. (١٢) في «ج»: ساقطة. (١٣) في «ج»: الشجرة. (١٤) في «أ»: فانتبه، والمثبت في «ج»: و«د». (١٥) في «أ»: ساقطة. (١٦) في «ج»: ساقطة. (١٧) في «د»: وبقي فيها بقية فانتهب الناس ذلك إن كان تركها ليأخذها الناس وهي تقابل ما في «أ» و«ج» من قوله: وبقي فيها سنابل... الناس، واعتماداً على هذا كما تراه نصاً، والمسمى واحد. (١٨) في «ج»: صاحب.

ثم بدا لصاحب الأرض أن لا يزرعها كان له ذلك ولا شيء للعامل؛ لأنه ليس له فيها شيء. باقي حتى يأخذه بذلك بل المأخوذ^(١) منه العمل^(٢) فيفسخ، وقد مر.

ولو دفعها مزارعة في ثلاث سنين فما نبت الزرع في السنة الأولى مات رب الأرض تركت الأرض في يدي المزارع حتى يستحصد ويقسم بينهم على الشرط كيلا يبطل حد المتعلق بالثابت وتنقض المزارعة فيما بقي.

وإذا أراد رب الأرض أن يفسخ العقد وليس له العذر^(٣) لم يملك إلا أن يكون عني دين، ليس له وفاء [به]^(٤) فإنه إذا أراد رب الأرض بيع الأرض بدين فادح لا وفاء عنه ولا بضمن الأرض وكان البذر من قبل المزارع وكريها ولم يزرعها باعها؛ لأن الإجارة المحضة تنقض قبل انقضاء^(٥) مدتها لهذا العذر، فلأن تنقض المزارعة بهذا العذر، والمزارعة^(٦) تنعقد إجارة ابتداء وتتم شركة أولى، ثم قال: باعها ولم يشترط لصحة البيع قضاء القاضي. وفي هذا اختلاف الروايات ذكرناها في كتاب الإجازات، وليس عليه الأجر في كراه؛ لأن الكراب عمل والعمل لا يتقوم إلا بالعقد أو بشبهة العقد، ولم يوجد؛ لأن البذر كان من قبل المزارع فيكون مستأجراً للأرض فيكون العقد وارداً على منفعة الأرض لا على عمله.

ولو زرعها، لم يبيعها^(٧) حتى يستحصد؛ لأنه لو نقض^(٨) وباعها بالدين يبطل حق المزارع في الزرع فإن المشتري يقطع الزرع والزرع بقل^(٩) قائم وأنه في الوكالة^(١٠) مثل حق صاحب الدين فإن كل واحد منهما لا يبطل بالموت وحق صاحب الدين في الدين^(١١) وحق^(١٢) هذا في العين والعين فوق الدين.

ولو زرع ولم ينبت، هل لصاحب الأرض أن يبيعها؟ اختلف مشايخنا المتأخرون والمختار أنه ليس له أن يبيعها^(١٣).

ولو أخذ أرضاً معاملة وقام عليها أياماً ثم ترك ذلك إن ترك في وقت خرجت الثمرة والعنب وصار بحال لها قيمة لو^(١٤) قطعت فتركه لا تبطل الشركة وإن كان الترك في وقت لم تكن لها قيمة لو قطعت لم يكن له نصيب؛ لأن الترك قد صح.

ولو مات رب الأرض والزرع بقل كان للمزارع أن يقوم على الزرع حتى يدرك سنة ولا أجر عليه للأرض وانتقضت فيما بقي من السنتين، والقياس: أن تنقض المزارعة؛ لأن الإجارة المحضة تنقض بموت أحد المتعاقدين والمزارعة وأنها تنعقد إجارة وتتم شركة أولى.

- | | |
|---------------------------|---|
| (١) في «ج» و«د»: الموجود. | (٨) في «ج»: نقص. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج» و«د»: مال. |
| (٣) في «ج» و«د»: البذر. | (١٠) في «د» الوكالة وهو تصحيف. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج» و«د»: فإن كل واحد... في الذين: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «د»: ساقطة، وهي في «أ» و«ج». |
| (٦) في «ج»: المزارعة. | (١٣) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي زيادة في «د». |
| (٧) في «ج»: يقها. | (١٤) في «ج» و«د»: لو، وفي «أ»: أو، والمثبت الأول. |

وحه الاستحسان أن الإحارة تنعقد والإحارة المحصنة تنفي للعذر بعد موت رب الأرض فكذا المزارعة وقد تحقق العذر؛ لأنها لم تبق لورثة رب الأرض ولو قلح الزرع يتضرر المزارع وهو غير متعدي في هذه الزراعة.

ولو مات رب الأرض بعدما كriebها ولم يزرعها لم يكن له أن يزرعها؛ لأنه لو بقيت المزارعة^(١) لزال يد الورثة عن عين الأرض صيانة لحق المزارع في مجرد العمل والمنفعة ولا يحوز إزالة الملك عن العين صيانة لحق صاحب المنفعة في المنفعة، فكذلك لا يحوز إزالة اليد عن العين لحق صاحب المنفعة.

وأما إذا مات المزارع أو العامل في بعض المدة وأنفق رب الأرض على الزرع أو التخيل فيما يكون متبرعاً فيه وفيما لا يكون متبرعاً الخ:

ولو آخر^(٢) المزارع الزراعة فانقضت السنة والزرع بقل كان الزرع بينهما والعمل عليهما حتى يستحصد، وعلى المزارع أجر مثل نصف الأرض وليس لرب الأرض أن يقلعه؛ لأنه انعقد بينهما إجارة حكماً^(٣) إلا أن يستحصد الزرع [وعلى الزارع أجر مثل]^(٤) نصف الأرض صيانة لحق المزارع، وكان العمل عليهما؛ لأنه تنهت المزارعة فكان العمل عليهما على قدر ملكهما، وإن أراد المزارع قلعه بقلأ فرب الأرض بالخيار إن شاء أعطاه نصف قيمته مقلوعاً وإن شاء قلعه، وإن شاء أنفق عليه بأمر القاضي حتى يستحصد ويرجع بنصف قيمته في حصة المزارع ولا يضمن أجر مثل الأرض؛ لأنه لما قال المزارع: اقلع الزرع لم تنعقد بينهما إجارة حكماً؛ لأنه إنما انعقد صيانة لحق المزارع فإذا رصي بطلان حقه لم تنعقد، ومتى لم تنعقد ينخير رب الأرض بين خيارات ثلاثة:

إما القلع؛ لأن الحق في الزرع لهما، فإذا اتفقا على القلع كان لهما ذلك كما قبل مصي المدة.

وأما إعطاء نصف قيمته؛ لأن رب الأرض صاحب الأصل، والمزارع صاحب تبع^(٥) ولصاحب الأصل أن يملك التبع^(٦) بالقيمة نفياً^(٧) للضرر عن نفسه، وله أن يملك بقيته مقلوعاً؛ لأنه لما انقضت مدة الزراعة انتهت المزارعة ولم تنعقد الإجارة حكماً متى^(٨) قال المزارع: أريد القلع فلم يبق للمزارع حق القرار فصار مقلوعاً معني.

وأما الاتفاق^(٩) والرجوع بالنصف في حصته من الزرع؛ لأن الزرع المشترك بينهما وفي الزرع المشترك بين اثنين^(١٠) إذا أس أحدهما الإنفاق ولا مزارعة بينهما فإن للآخر أن ينفق بأمر القاضي ويرجع بحصة الأبى بنصفه. كذا هما^(١١)، فإن لم تف حصته من الزرع

(١) في «ج» و«د»: للزراعة. (٢) في «ج» و«د»: آخر. (٣) في «ج»: حكماً. (٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «ج» و«د»: نعم، وفي «أ»: دفع، والمثبت الأول. (٦) في «ج» و«د»: التبع، وفي «أ»: المبيع، والمثبت الأول. (٧) في «ج»: ساقطة. (٨) في «ج» و«د»: متى، وفي «أ»: حتى، ولعله تصحيف، ولذا أثبتنا الأول. (٩) في «ج» و«د»: الإنفاق. (١٠) في «ج»: بينهما. (١١) في «ج»: كذا هما. ساقطة.

بنصف النفقة لا يرجع بالزيادة؛ لأن الرجوع بالزيادة إجبار منا إياه على النفقة، ليس للقاضي إجبار الأمي على النفقة إذا انتهت المزارعة.

ولو غاب المزارع بعدما زرع الأرض فأنفق رب الأرض عليه حتى أدرك ثم قدم له أن يرجع [عليه]^(١) بجميع النفقة. فرق بين هذه [المسألة]^(٢) وبين^(٣) المسألة الأولى فإن ثمة لا يرجع بجميع ما أنفق، بل يرجع بمقدار حصته من الخارج، لأن الرجوع بالزيادة على الحصة من الخارج إجبار منا إياه على النفقة وثمة ليس للقاضي ولاية الإجبار على النفقة، وهنا للقاضي ولاية الإجبار على النفقة لو كان حاضراً ولا سبيل له على الزرع حتى يعطيه نفقته؛ لأن هذا الذي للمنفق إنما وجب له بسبب الزرع فيكون الزرع محبوساً به كمن استأجر داراً وعجل الأجرة ثم تفاسخا الإجارة قبل مضي^(٤) المدة كان للمستأجر حبس المستأجر كذا هنا.

ولو انقضت المدة والزرع بقل وهرب المزارع فيقول القاضي لرب الأرض^(٥): إن شئت أفق عليه ثم ارجع بنصف القيمة^(٦) في حصة المزارع؛ لأنه لما انقضت المدة انتهت المزارعة. والزرع مشترك بينهما وهذا حكم زرع مشترك بينهما حال عدم المزارعة فإن [كان]^(٧) نصف النفقة أكثر من حصته من الزرع لم يكن له الفضل على المزارع لما قلنا من قبل.

ولو مات المزارع وأراد ورثته أن يقوموا على الزرع وهو بقل حتى يدرك كان لهم ذلك؛ لأن رب الأرض لو مات في وسط المدة والزرع بقل بقيت المزارعة صيانة لحق المزارع في الزرع استحساناً، فكذا إذا مات المزارع والزرع بقل وحب أن تبقى^(٨) صيانة لحق الورثة في الزرع استحساناً^(٩) فإن أبوا كان رب الأرض بالخيار على ما وصفنا؛ لأنهم لما أبوا بعذر خيرهم^(١٠) على العمل فثبت الخيار لرب الأرض كما وصفنا ولا أجر عليه للأرض إن أنفق رب الأرض أو ورثته؛ لأنه إن أنفق رب الأرض وورثة المزارع رمو بتفريغ الأرض إنما يبقى الشغل يرضى رب الأرض.

وإن أنفق ورثة المزارع بقي العقد فوجب الأجر لرب الأرض وهو بعض الخارج فلا يحب شيء آخر.

ولو كان المزارع حاضراً وقد انقضت المدة والزرع بقل ورب الأرض غائب فأنفق المزارع عليه حتى أدرك بغير أمر رب الأرض أو^(١١) بغير أمر القاضي فهو متطوع في النفقة وليس عليه أجر مثل الأرض. إنما متطوع في النفقة؛ لأنه أفق^(١٢) بغير أمر رب الأرض

- | | |
|---|--|
| (١) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د». | (٧) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ» و«د»: ساقطة. | (٨) في «د»: يقضى. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: فكذا إذا مات... استحساناً ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج» و«د»: خيرهم. |
| (٥) في «ج» و«د»: الأرض، وفي «أ»: الزرع. | (١١) في «ج» و«د»: أو: ساقطة. |
| (٦) في «ج» و«د»: النفقة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |

وبغير أمر القاضي^(١). وإما لا أجر عليه؛ لأن الإجارة إنما تثبت بأحد الأمرين: إما بالتراضي أو بالقضاء إذا أمكن إثباته بالقضاء وقد أمكن إثباته هنا بالقضاء ولم يوجد أحد من الأمرين فلا تثبت الإجارة^(٢) فلا يجب الأجر.

ولو أنفق عليه بأمر رب الأرض أو بأمر القاضي كان عليه أجر مثل نصف^(٣) الأرض؛ لأنهما^(٤) اتفقا بينهما إجارة بأجر المثل فوجب الأجر.

ولو كان المزارع غائباً ورب الأرض حاضراً فأنفق عليه لم يكن له أجر مثل نصف الأرض، وهو متطوع في الثقة، وإن أمره القاضي [يرجع]^(٥) بالثقة في نصيب المزارع ولا أجر عليه؛ لأنه احتمل أن المزارع لو كان حاضراً لاختار القلع فلا يجب عليه الأجر، فلم يكن لرب الأرض إيجاب الأجر على الغائب لدفع الضرر عن نفسه ولا يقبل قول أحدهما أن صاحبه غائب حتى تقوم^(٦) البيّنة عند القاضي أنه غائب فيأمره بالإتفاق؛ لأن الحاضر ادعى على القاضي [إيجاب]^(٧) الحفظ في مال الغائب، وللقاضي أن لا يلتزم بمجرد دعواه وإنما يلتزم بإقامته البيّنة، فكان للقاضي قبل إقامة البيّنة خيار إن شاء صدقه وإن شاء لم يصدقه ولو لم تقم بيّنة؟ قال القاضي: [قد]^(٨) أمرت بالثقة إن كان الأمر كما تقول إذا خاف القاضي الهلاك [على الزرع]؛ لأنه يحتمل أن يكون الأمر كما قاله الحاضر فلو امتنع القاضي من الأمر بالإتفاق تلف مال الغائب.

ولو قال المزارع بعدما صار بطلاً: لا أنفق عليه أو ليس عندي ما أنفق عليه أجبر عليه؛ لأن الإتفاق مستحق عليه^(٩) ولو لم يكن عنده ما ينفق عليه؟ قيل لرب المال: أنفق عليه وارجع بجميع الثقة عليه^(١٠) بالغة ما بلغت، وهذا إذا لم تنقض مدة المزارعة؛ لأنه إذا لم تنقض مدة المزارعة كان هذا نفقة يجبر لمزارع عليها لو كان قادراً عليها فإذا أنفق بأمر القاضي رجع عليه بما أنفق بالغة ما بلغت ولا يشبه هذا^(١١) ما مضى من النفقات فإنه يرجع بما أنفق مقدراً بالحصة.

وأما فيما يجوز من الوكيل في المزارعة وفيما لا يجوز:

فلو وكل رجلاً بدفع أرض له مزارعة فدفعها الوكيل وشرط لرب الأرض نصيباً لا يتغلب الناس فيه؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو كان يرى جواز المزارعة فهو جائز، وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز؛ لأن هذا وكيل يبيع المنفعة مطلقاً ليعتبر بالوكيل يبيع العين مطلقاً إذا باع بما لا يتعابن الناس فيه ويضمن الوكيل نقصان

(١) في «د»: فهو متطوع... وبغير أمر القاضي: ساقطة، (٦) في «ج»: تقدم.
(٢) في «أ»: وجه، (٧) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «ج»: وفي «أ»: الأجر والمشت الأول، (٨) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «ج»: رب، (٩) في «ج»: ساقطة.
(٥) في «ج»: لأنه، (١٠) في «ج»: ساقطة.
(٦) في «أ»: ساقطة، (١١) في «ج»: ساقطة.

الأرض والزرع بين المزارع والوكيل على ما شرطاً؛ لأن الوكيل صار غاصباً.
ومن غصب أرض إنسان ودفعها^(١) إلى غيره مزارعة بشرائطها وزرع المزارع ونقصت^(٢) الأرض ضمن المزارع النقصان بالإجماع ويرجع على الغاصب فيكون الخارج بين المزارع ورب الأرض، فكذا هنا، والمراد من قولنا: يضمن الوكيل: أي قرار الضمان عليه، وإن^(٣) شرط^(٤) ما يتغابن الناس فيه جاز؛ لأنه وكيل ببيع المنفعة مطلقاً فإذا باع ما يتغابن الناس فيه جاز والذي يتولى قبض حصة^(٥) رب الأرض هو الوكيل؛ لأنه هو العاقد وحقوق العقد ترجع إلى العاقد كالوكيل ببيع العين يتولى قبض الثمن.

ولو كان البذر من قبل رب الأرض ودفعها^(٦) بما يتغابن الناس فيه كان رب الأرض هو الذي يتولى قبض حصته؛ لأن ما يستحق رب الأرض لا يستحقه بعقد الوكيل وإنما يستحق؛ لأنه فرع ملكه فكان القبض من حق الملك لا من حق العقد فيكون إلى المالك وصار كما لو^(٧) وكل رجلاً أن يستاجر له أحيراً بالذراهم ليزرع أرضه كان رب الأرض هو الذي يتولى قبض^(٨) الخارج كذا ما على رواية كتاب الوكالة فالوكيل هو الذي يتولى قبض حصة رب الأرض.

ولو دفعها^(٩) بما لا يتغابن الناس فيه ضمن الوكيل بذره ونقصان الأرض؛ لأنه وكيل بشراء المنفعة مطلقاً، فإذا اشترى بما لا يتغابن الناس فيه^(١٠) صار مخالفاً نصار غاصباً أرضه وبذره دافعاً إلى غيره مزارعة فيكون الخارج بينهما^(١١) وهل [يضمن]^(١٢) الوكيل البذر؟ وهل يضمن النقصان؟. على قول محمد رحمه الله تعالى: يضمن بناء على أن العقار عنده يضمن بالغصب، وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر: لا يضمن، لكن يضمن المزارع ويرجع المزارع على الوكيل كما ذكرنا وهو لم يسم للوكيل المدة بأن لم يقل له^(١٣): ادفع الأرض مزارعة سنة أو سنتين فإنه يقع على أول السنة.

ولو دفع في السنة الثانية ولم يدفع في السنة الأولى صار مخالفاً استحساناً وفي القياس: له الدفع مزارعة ما شاء من السنين؛ لأنه وكيل بالإجارة مطلقاً فيجوز كيف ما شاء كالوكيل بإجارة الدار والعبد إذا لم يسم الموكل المدة. وجه الاستحسان: أن التوكيل حصل بماله^(١٤) غاية فإنه^(١٥) ينتهي إليه فإنه حصل بالمزارعة ولها غاية ينتهي^(١٦) إليها لا محالة وهو وقت الحصاد فإنه إذا حصد الزرع انتهت المزارعة فيتقيد^(١٧) التوكيل بأول الغاية

- | | |
|---------------------------------|---|
| (١) في «ج»: ودفع: أي الأرض. | (١٠) في «ج»: ضمن الوكيل... الناس فيه: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: وبغصب. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج». |
| (٤) في «ج»: شرطاً بألف التثنية. | (١٣) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٤) في «ج»: لما. |
| (٦) أي الأرض. | (١٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: إذا. | (١٦) في «ج»: إليه... ينتهي: ساقطة. |
| (٨) في «ج»: قبل. | (١٧) في «ج»: يتقيد. وفي «أ»: فيستند، والمشت الأول |
| (٩) أي الأرض. | |

من حيث التوكيل قياساً على ما لو^(١) وكل^(٢) رحلاً بأن يشتري له أضحية أو نحرماً أو جعراً نفدت الوكيلة بأول غاية ينتهي إليها حتى لو مضى أيام النحر من هذا العام واشتري الأضحية في العام الثاني أو القمح أو الجمر لم يجز على الموكل كذاها.

ولو وكله ليأخذ له هذه الأرض مزارعة على أن البذر من المزارع حازه، لأنه وكله بشراء المنفعة مطلقاً فإذا اشترى بما يتغابن الناس فيه جار فإن أخذها بما يتغابن الناس فيه كاد الوكيل هو الذي يقبض حصة رب الأرض، لأن الوكيل مستأجر للأرض^(٣) من صاحب الأرض ببعض الخارج فيكون هو المطالب من رب الأرض بتسليم لأجر فيأخذ الوكيل حصة رب الأرض من الخارج ويسلم إلى رب الأرض فإن أخذها بما لا^(٤) يتغابن الناس فيه وزرعها فلم يعلم كان الزرع للمزارع، وعلى الوكيل أجر مثل الأرض ولا شيء على المزارع. هذا إذا أضاف الوكيل المزارعة إلى نفسه بأن قال: «دفع أرضك مني مزارعة، ولم يقل من فلان، فصار هذا وكيلاً بالشراء، وقد أضاف الشراء إلى نفسه وخالف، فينفذ^(٥) الشراء عليه، فإذا دفعها^(٦) إلى الموكل فأمره بالزراعة ولم يخبره بالبدل يصير راضياً بالأجرة فتعقد بينهما إجارة بالتعاطي، وصار معبراً منه الأرض.

ومن استأجر أرضاً ببعض الخارج وأعارها من^(٧) غيره كان الزرع للمستعير وعلى المستأجر أجر مثل الأرض كذا هنا، فإن دفع إلى الموكل ولم يأمره بزراعتها ولم يخبره بما أخذ لم يضمن الوكيل نقصان الأرض والزرع للزراع كله، ويضمن نقصان الأرض لرب المال، ويتصدق بالفضل؛ لأنه لما دفع إليه الأرض^(٨) ولم يقل: أزرعها صار مودعاً الأرض منه؛ لأن دفع الأرض إليه قد يكون للمحفظ أو قد يكون للمزارعة، والمحفظ أقلها فهذا مودع زرع الأرض^(٩) فيصير^(١٠) غاصباً فيكون الزرع له ويضمن نقصان الأرض إن نقصتها الزراعة ولا أجر على الوكيل.

ولو وكله، وقال: خذ لي أرضاً وبنراً مزارعة أو نخلاً معاملة لم يجز^(١١) إلا أن يقول: أرض فلان، أو هذه الأرض، أو هذه التحيل؛ لأن هذا وإن كان توكيلاً ببيع العمل ولكن المقصود من بيع العمل إنما هو حصول الخارج فإنه يتفاوت [بتفاوت]^(١٢) الأرض والتخيل تفاوتاً فاحشاً فكان جهالة الأرض النبي هي^(١٣) محل العمل كتفاوت يقع^(١٤) [في]^(١٥) المقصود من العمل مانعاً من^(١٦) صحة التوكيل، بخلاف ما لو وكله بأن يأخذ

(٩) في «ج»: ساقطة.
(١٠) في «ج»: فيكون.
(١١) في «ج»: لا يجوز.
(١٢) في «ج»: ساقطة.
(١٣) في «ج»: الذي هو.
(١٤) في «ج»: بيع.
(١٥) في «ج»: ساقطة.
(١٦) في «ج»: ساقطة.

(١) في «ج»: ساقطة.
(٢) في «ج»: وكله.
(٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «ج»: لا: ساقطة.
(٥) في «ج»: ينتقد.
(٦) في «ج»: دفع، أي: الأرض وهي «د» مثلما في «ه».
(٧) في «ج»: ساقطة.
(٨) في «ج»: ساقطة.

له^(١) هذه الأرض وبذرهما معها^(٢) مراعاة حيث جاز وإن لم يعين البذر والبذر أحسن مختلفة؛ لأنه لا جهالة في الأرض التي هي^(٣) محل العمل إنما الجهالة في البذر وأنه جهالة في البذر^(٤)، لأنه وكيل ببيع المنفعة وجهالة جنس البذر لا تمنع صحة التوكيل، كما أنه وكله ببيع عين صح التوكيل وإن كان الثمن مجهول الجنس، وإذا صح التوكيل فأني بذر ما أخذ كان جائزاً؛ لأن التوكيل في حق البذر عام فيجري على عمومته.

ولو وكله أن يدفع أرضه مزارعة فأجرها ليزرع بكثر من حنطة وسط أو شيء مما يخرج الأرض جاز وإن أجرها بدراهم أو نحوها لا يجوز^(٥) والفرق: أن في الوجه^(٦) الأول أتى بجنس المأمور به؛ لأنه أتى بالعقد المأمور به بالأجر المأمور به.

أما العقد؛ لأنه المأمور بالمزارعة والمزارعة والإجارة سواء ولهذا تفسد بالشروط الفاسدة كالإجارة ويشترط لصحتها التوقيت كما في الإجارة.

وأما الأجرة: فلأنه مأمور به^(٧) بأن يجعل أجرة أرضه ما يخرج من الأرض وقد جعل، فثبت أنه أتى بجنس المأمور به [لأنه أتى بالعقد المأمور به]^(٨) إلا أنه خالف من حيث إنه أمره بأن يجعل أجرة أرضه ببعض ما يخرج^(٩) من الأرض [لا]^(١٠) في الذمة [وهو جعل أجرة أرضه بعض ما يخرج من الأرض في الذمة]^(١١) وهذا خلاف إلى خير؛ لأن الخارج من الأرض قد يسلم وقد لا يسلم بأن يذهب الزرع آفة، والمأمور متى خالف إلى خير في جنس المأمور به لا يعد خلافاً، أما في الوجه الثاني: أتى بالعقد المأمور به بالأجر المأمور به^(١٢)، فكان هذا خلافاً في جنس المأمور به في حق الأجر، وإن كان إلى خير فيعتبر خلافاً.

ولو قال: ادفعها مزارعة بالحنطة خاصة وأجرها بكر من حنطة وسط جاز وللمستأجر أن يزرعها ما بدا له مما هو في الضرر على الأرض مثل الحنطة أو أقل. أما الجوار، فلما قلنا في المسألة الأولى، وأما يزرع ما بدا له؛ فلأنه لما نفذ هذا العقد على الموكل صار كأن الموكل أجر بكر حنطة وسط ليزرعها حنطة ولو كان كذلك كان للمرأع أن يزرع ما بدا له ما كان في الضرر على الأرض مثل الحنطة أو دونها كذا هنا.

ولو قال: مزارعة بالثلث لم يحز له أن يؤجرها بشيء من المكيل أما إذا أجرها بكيل وهو أقل من الثلث، فلأنه خالف إلى شر فإنه نقص من البذر، وأما إذا أجرها بكيل هو مثل الثلث أو أكثر فكذلك؛ لأن البذر مجهول في الحال؛ لأنه إنما يعلم بعدما أخرجت

(٨) في «أ»: ساقطة.
(٩) في «أ»: الحارح.
(١٠) في «أ»: ساقطة.
(١١) في «أ»: ساقطة.
(١٢) في «أ»: ساقطة.
(١٣) في «أ»: ساقطة.

(١) في «أ»: ساقطة.
(٢) في «أ»: ساقطة.
(٣) في «أ»: الذي هو.
(٤) في «أ»: البذر. وفي «أ»: البذر، والمثبت الأول.
(٥) في «أ»: لم يجوز.
(٦) في «أ»: ساقطة.
(٧) في «أ»: ساقطة.

الأرض الزرع فكان البذل مجهولاً في الحال، ولو وكله بأن يؤجرها بكر من حنطة فدفعها مزارعة لم يحز؛ لأنه خالف إلى شر لأن البذل هنا سلم إذا أخرجت الأرض شيئاً. أما إذا لم تخرج؟ لا، والكر في الذمة يسلم على كل حال.

ولو قال: خذ لي هذه الأرض مزارعة فاستأجرها بكر لم يحز؛ لأنه خالف إلى شر، لأنه متى أخذها مزارعة فالأجر لا يلزم الموكل على كل حال، ومتى استأجر يلزم.

وكذلك لو قال: خذ لي هذه الأرض مزارعة بالثلث لم يحز؛ لأنه خالف إلى شر.

ولو قال: خذ لي هذه الأرض وبذراً معها مزارعة، فأخذها على أن الزرع كله لرب الأرض وعليه للزراع كثر حنطة [جازاً]^(١)؛ لأنه خالف إلى خير.

فلو قال: خذها^(٢) بالثلث مزارعة لم يحز ما فعل؛ لأنه لا يعلم وقت العقد أن الكثر مثل ثلثه، والخلاف تحقق ظاهراً، فوقع الشك أنه إلى خير أم إلى شر، فلا يقع الخلاف بالشك، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنه خلاف^(٣) إلى خير.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

رجل باع أرضاً وقد بذر فيها ولم ينبت فهو للبائع في الأقوال كلها، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى؛ لأنه فرع أصله وهو البذر.

إذا اشترى الرجل أرضاً في بعض السنة إن بقي من السنة مقدار ما يتهيأ له^(٤) أن يزرع فالخراج على المشتري؛ لأنه تمكن من الزراعة والاستفاد به وقال بعضهم: إن تهيأ له أن يزرع فيها الحنطة أو الشعير فالخراج على المشتري^(٥)؛ لأن الأصل في الزراعة هي الحنطة والشعير، وقد ذكرنا هذه الجملة في الزكاة.

وإذا على شط الجببحون يجتمع فيها الماء في الربيع ويذهب بعد ذلك، فجاء قوم وزرعوها ببذرهم، فلما أدرك جاء آخرون يدعون الوادي والزرع وليس لهم بينة على ذلك. أنا الزرع فهو لرب البذر؛ لأنه فرع ملكهم، وأنا رقبة الوادي: إن عرف أن ذلك ملكهم قبل غلق الماء عليه فهو لهم؛ لأن بالعدق لا يبطل ملكهم، وإن لم يعرف ملكاً [لاحد]^(٦) فإنه^(٧) يفعل فيه ما يفعل في سائر الدعاوى.

قرية فيها أراضي خراجية بعضها أقل وحراج بعضها أكثر، فقال صاحب الأكثر:

- | | |
|-----------------------------------|---|
| (١) هي «أ» ساقطة. | (٤) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: الشعير في خذها. ساقط. | (٥) في «ج»: لأنه تمكن . . . على المشتري: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: خالف. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| | (٧) في «أ»: ساقطة. |

نسوي الخراج بيننا إن لم يعرف ابتداء الوضع يترك كل أحد منهما على حاله لا يزداد علي ولا ينقص من ذلك؛ لأن الزيادة على أصل الوضع في الخراج لا تجوز.

رجل دفع إلى ابن له أرضاً ليفرسها على أن الخراج بينهما نصفان ولم يوقت وقتاً ففرسها ثم مات الأب وترك ابين وابنتين فإن كانت الأرض مما يحتمل القسمة تقسم فيما بينهما، فما أصاب نصيب الغارس [يقراً]^(١) غرسه وما أصاب نصيب غيره يكلف بقلعه ونسوية رقبته إن لم يجرز^(٢) بينهما صلح؛ لأن هذا غرسه وقع في ملكهم فيؤمر بالتفريغ دابة دخلت ررع إسان فساقتها رب الأرض^(٣) فهلكت إن ساقها إلى موضع يأمن زرع فله ذلك ولا ضمان عليه، وقد ذكرناه قبل هذا.

رجل أوصى لرجل بأصل الشجر وثمرها لآخر فالتفقه على صاحب الشجرة؛ لأن المتفعة له، وإن لم تثمر السنة فأنفق عليه صاحب الرقبة بقضاء أو بغير قضاء ثم أثمر في سنة أخرى، فإن صاحب الرقبة يرجع عليه بما أنفق ولا يكون متبرعاً؛ لأنه مضطر في الإنفاق. والله تعالى أعلم بالصواب.

(١) في داء: سائطة.

(٢) في داء: يجر.

(٣) في داء: الزرع.

كتاب الشرب

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: فيما يمنع صاحب النهر من إجراء الماء، ويمنع الغير من حفر البئر والنهر، واتخاذ الظلة، والبناء على الحائط المشترك، وقطع^(٢) شجر الغير، والتصرف في ملكه وغير ذلك، وفيما ليس له ذلك، وفيما يجوز بيع الشرب، ومقارضته^(٣)، وهبته وفيما لا يجوز، وفيما تجوز قسمة الشرب، وفيما لا تجوز، وفيما يجوز نقض^(٤) قسمة الماء وفيما لا يجوز، وفيما يدخل النهر^(٥) والشرب في بيع الأرض وفيما لا يدخل

الفصل الثاني: فيما يضمن صاحب النهر من تلف من جريان الماء وغيره وفيما لا يضمن، وفيما يضمن [من]^(٦) إتلاف شرب الغير، وفيما لا يضمن، وفيما يجب عليه إصلاح النهر والبئر والحوض والمسناة وفي معرفة حريم البئر والنهر وغيره، وفيما يجوز الوقف على إصلاح النهر وغيره، وفيما لا يجوز، وفيما له حق رفع البئر والنهر ورفع التراب الواقع في البئر والنهر وغيره.

الفصل الثالث: في الاختلاف في الأشجار على النهر المشترك، وفيما يجمع المياه المتفرقة في موضع واحد، وفيما ليس له ذلك، وفيما ليس له أن يسقي زرعه (أو شربه ويسقي دوابه)^(٧) من ماء غيره.

الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة.

-
- (١) في «ج»: غير واردة.
 (٢) في «ج»: وقطع.
 (٣) في «ج»: ومقارضته، وفي «أ»: معارضته، والمثبت الأول.
 (٤) في «ج»: ساقطة.
 (٥) في «ج»: الشرب.
 (٦) في «أ»: ساقطة.
 (٧) في «أ»: ساقطة.

الفصل الأول

فيما يمنع صاحب النهر من^(١) أجر الماء، ويمنع الغير من حفر البئر إلى آخره

أنا فيما يمنع صاحب النهر من إجراء الماء وفيما لا يمنع:

رجل له نهر يجري الماء فيه إلى كرمه فاشترى حائطاً لزيق كرمه، وأراد أن يسقي الحائط من نهر كرمه، ولا يصل الماء إلى الحائط ما لم يعلأ النهر وكان ممر النهر بين دار لرجل فأراد أن يمنعه عن ذلك إن كان رقبة النهر ملكاً له فله أن يميل النهر إلى ضيعته وليس لغيره أن يمنعه عن ذلك؛ لأنه تصرف في ملكه، وإن كان له حق إجراء الماء والرقبة لغيره فليس له ذلك إلا برضى صاحب النهر؛ لأنه لا يمكنه التصرف فيه زيادة^(٢) على حقه، إلا برضاه.

بهر عظيم لأهل قرية يتصعد^(٣) منها نهران ثم يجمع بعد ذلك في نهر واحد وعلى كل بهر طاحونة، فحوت إحدى الطاحونتين فأراد أن يرسل الماء إلى النهر الآخر حتى يعمر طاحونته وذلك يضر بالطاحونة فليس له ذلك؛ لأنه ليس له أن يجري ماءه في بهر غيره بغير إذن صاحبه خصوصاً إذا كان يضره.

رجلان لهما شباروز ماء في نهر قرية لكل واحد منهما يوم^(٤) واحد فأراد أن يسبلا ماءهما مرة في يوم واحد فلهما ذلك وليس لغيرهما أن يمنعهما من ذلك؛ لأنهما رضا بخلط حقهما.

كرم بين أربعة إحوة وبجانبه حائط لعمهم فاشترى أحدهم حائط عمه فأراد أن يسوق اسماء إلى الحائط إن ساقها والمجرى مشترك فليس له ذلك إلا برضى شركائه؛ لأن ليس له أن يستعمل ملكهم بغير إذنهم وإن كان له مجرى خاص فله ذلك^(٥) بعد أن يكون المشتري له شرب من هذا النهر.

رجل له دار في سكة غير نافذة وفي الدار بستان وفي السكة نهر جار فأراد صاحب البستان أن يسيل الماء إلى بستانه إن أراد^(٦) الجيران أن يمنعه فما كان من ذلك حديثاً فلكل واحد منهم أن يمنع صاحبه من ذلك وما كان قديماً فليس لهم منعه بمنزلة الظلة فوق السكة.

(٤) في «ج»: قوم.

(٥) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «ج»: أراد.

(١) في «ج»: عن.

(٢) في «ج»: في الزيادة.

(٣) في «ج»: ليقدّر.

قطعتا كرم لرجل فاشتري رجل إحدى القطعتين ثم اشترى [الآخر]^(١) القطعة الأخرى وكان مجراهما واحداً فمنع صاحب القطعة الأعلى مجرى ماء القطعة السفلى ليس بهم^(٢) ذلك إن كانت القطعتان لمالك واحد وباع^(٣) القطعتين من هذين^(٤)؛ لأنه إذا كان كذلك لا يستحق أحدهما على الآخر مجراه من غير شرط لا نصاً ولا دلالة. أما إذا كان لكل واحد مالك^(٥) على حدة فاشتري كل^(٦) واحد منهما من مالكه بكل حق هو له، فكل من اشترى أولاً فهو له فإنه يدخل فيه المجرى والشرب ويكون ملكاً له.

نهر مشترك بين قوم أذنوا رجلاً بأن يسيل الماء فيه إلى أراضي نفسه إلا رجلاً منهم فليس له أن يسيل الماء إلى أرضه ما لم يأذن كلهم؛ لأن هذا حق الكل فلا يساح إلا بإذن الكل، فلو أراد رجل منهم أن يسقي بستانه بغرب أو دالية منه لا بأس به. وروي عن أبي يوسف أنه لا يجوز، ولهم أن يمنعوه.

ولو كان نهر بين قوم ولا يعرف كيف كان أصله بينهم كان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لكل بستان^(٧) بقدر حصته، فرق بين هذا وبين طريق مشتركة بين جماعة لا يعرف كيف أصله بينهم. واختلفوا في ذلك؟ قسم بينهم على عدد الرؤوس لا على قدر أملاكهم، حتى يعطى لصاحب القليل منهم^(٨) [مثل]^(٩) ما يعطى لصاحب الكثير، والفرق: أن في الشرب صاحب الكثير مع [صاحب]^(١٠) القليل تفاوتاً في سبب الاستحقاق [والشرب]^(١١)؛ لأن سبب الاستحقاق حاجة صاحب الأرض إلى الشرب، وحاجة صاحب الكثير إلى الشرب أكثر، وفي الطريق استويا؛ لأن سبب استحقاق الطريق الحاجة إلى المرور والتطرق وحاجتهما في ذلك على السواء، وليس لصاحب الأعلى أن يسد الأعلى، وإن كانت [أرضه]^(١٢) لا تشرب حتى يسد إلا أن يتراضوا جميعاً. هذه المسألة على وجهين: إما أن لا يمكن الأعلى الانتفاع بالماء إلا بالسد لارتفاع أراضيهم وقلة الماء أو يمكنهم، لكن أرادوا السد ليتعجل لهم السقي.

ففي الوجه الأول: المسألة على قسمين. إما أن يكون الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل لا يمكنهم الانتفاع به بأن كان النهر مشقة لقلته، ويمكن لأهل الأعلى الانتفاع به بالسد، أو يكون الماء بحال لو أرسل إلى أهل الأسفل أمكنهم الانتفاع.

ففي القسم الأول: لهم السد؛ لأن أهل الأسفل متعنتون في الإباء، لكن إنما يكون لهم السد باللوح والخشب لا بالتراب والحشيش؛ لأن فيه ضرراً زائداً.

- | | |
|--------------------|---------------------|
| (١) في داء: ساقطة. | (٧) في داء: إنسان. |
| (٢) في داء: له. | (٨) في داء: ساقطة. |
| (٣) في داء: وماء. | (٩) في داء: ساقطة. |
| (٤) في داء: هذا. | (١٠) في داء: ساقطة. |
| (٥) في داء: ماء. | (١١) في داء: ساقطة. |
| (٦) في داء: ساقطة. | (١٢) في داء: ساقطة. |

وفي القسم الثاني. ليس لهم السد؛ لأن السد؛ إحداهن تصرف في مكان مشترك، فكان للشركاء الإباء، فإن طلب أهل الأعلى من الإمام أن يجعل الماء بينهم بالأيام، ويطلق لهم السد في نوبتهم بوضع^(١) خشب أو لوح احتلف المشايخ فيه، قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: لا يجيبهم الإمام؛ لأن أهل الأعلى مع أهل الأسفل استووا في الضرر؛ لأن أهل الأسفل ينتفعون بالشرب حالة قلة الماء ويتضرر أهل الأعلى، وأهل الأعلى ينتفعون بالشرب حالة كثرة الماء ويتضرر أهل الأسفل؛ لأن أهل الأعلى إذا سقوا^(٢) أراضيهم يرسلون فضل الماء على الأسفل فتصير أراضيهم تراباً فاستووا، وقال غيره^(٣) من مشايخنا وهو الصحيح: القاضي يجيبهم إلى ذلك؛ لأنه وقع المنازعة بينهم فإن أهل الأعلى يطلبون حقهم، ولهم ذلك [وأهل الأسفل يمنعونهم من إحداهن تصرف في مكان مشترك ولهم ذلك]^(٤) فوجب على القاضي قطع المنازعة [بينهم]^(٥). وإذا في أن^(٦) يجعل الماء بينهم بالأيام، فإن قسمة الماء على هذا الوجه مشروع، ويطلق لأهل الأعلى السد في نوبتهم بموضع الخشبة واللوح دون التراب والطين والحشيش، ويأمر أهل الأعلى بالسد في النهر حالة كثرة الماء حتى يندفع ضرر زيادة^(٧) فضل الماء عن أهل الأسفل.

وفي الوجه الثاني: ليس لهم السد إلا بإذن الشركاء، فإذا طلبوا من الإمام، فالإمام لا يجيبهم إلى ذلك؛ لأنه^(٨) يمكنهم الوصول إلى حقهم من غير إحداهن أمر في مكان مشترك، ثم اختلف المشايخ فيه^(٩) بعد ذلك؟ منهم من قال: هذا التفصيل في ماء النهر الذي هو مشترك بينهم في القديم، فأما ماء السيل لأهل الأعلى أن يسدوا ويمنعوا من^(١٠) أهل الأسفل بكل حال؛ لأنه ماء مباح فيكون لمن سقت يده إليه كالصيد والحشيش، وقال أكثرهم وهو الصحيح: إن الجواب في ماء النهر وماء السيل إذا وجد^(١١) السيل في النهر المشترك سواء؛ لأن ماء المسيل إذا وصل إلى^(١٢) النهر المشترك صار مشتركاً بين أهل النهر إلا إذا احدر^(١٣) السيل من الجبل وانتشر على وجه الأرض، فحينئذ يكون لمن سقت يده إليه، ولو أراد أحدهم أن يكون^(١٤) نهراً^(١٥) لم يكن له ذلك، وإن كان يكره منه نهراً لأرض لها شرب منه؛ لأنه لا يمكنه أن يكره من هذا النهر نهراً إلا بكسر^(١٦) حافتي النهر وحافتي النهر مشترك بينهم، ولو أراد أحدهم^(١٧) أن ينصب رحي ماء في أرضه أو داليتة لا يضر ذلك بالنهر ولا بالماء، كان^(١٨) له ذلك.

- | | |
|---------------------|-------------------------|
| (١) في وجه: ساقطة. | (١٠) في وجه: ع. |
| (٢) في وجه: استووا. | (١١) في وجه: وجه. |
| (٣) في وجه: غيرهم. | (١٢) في وجه: ساقطة. |
| (٤) في وجه: ساقطة. | (١٣) في وجه: انهدر. |
| (٥) في وجه: ساقطة. | (١٤) في وجه: راد: يكره. |
| (٦) في وجه: بأن. | (١٥) في وجه: ساقطة. |
| (٧) في وجه: ساقطة. | (١٦) في وجه: بسد. |
| (٨) في وجه: لأنهم. | (١٧) في وجه: ساقطة. |
| (٩) في وجه: ساقطة. | (١٨) في وجه: بالمكان. |

وصورة ذلك^(١): أن يكون بطن النهر وحافتا النهر ملكاً له، ولغيره حق إجراء الماء؛ لأنه بهذا الوضع تصرف في خالص ملكه، ولم يضر بإجراء الماء فلم يمنع عن ذلك، وكريه عليه جميعاً من أعلاه إلى أسفله، إذا أرادوا جميعاً كريه في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وفي قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: كريه عليهم من أعلاه، فمن بلغ أرضه كان له أن لا يكري أسفل أرضه. هما يقولان: إن الكري مؤونة من مزن الملك وجميع النهر من أعلاه إلى أسفله مشترك بينهما خاصة، حتى لو بيعت أرض على هذا النهر كان للكل حق الشفعة، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن كري النهر وإن كان النهر مشتركاً إنما يجب لإمكان الشقي والذي جاوز الكري أرضه فقد تمكن من^(٢) سقي أرضه فلا يجب عليه كري النهر بعد ذلك، كما لو لم يكن النهر^(٣) منكسباً، ومن هذا الجنس مسائل:

إحداها: إذا احتاجوا إلى إصلاح حافتي النهر فهو على هذا الخلاف.

ومنها: الطريق إذا كانت في سكة غير نافذة واحتاجوا إلى إصلاحه، فإذا بلغ دار كل واحد منهم هل ترفع عنه مؤونة الإصلاح؟ قالوا: على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يرفع، وعلى قولهما رحمهما الله تعالى: اختلف المشايخ فيه. هذا هو الكلام في^(٤) النهر الخاص بين جماعة محصورين.

فأما إذا كان النهر^(٥) عاماً على قرى وهي تدعى بالفارسية: (الكام) فاحتاجوا إلى كريبها، فبلغوا فم نهر قرية، هل ترفع مؤونة الكري؟ على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى ترفع وعلى قولهما رحمهما الله تعالى: اختلف المشايخ [فيه]^(٦)، وعلى قياس ما ذكرنا لهما في الطريق: ترفع، ولو خافوا أن ينشق النهر، أجبروا جميعاً على أن يحصنوه إن كان فيه ضرر عليهم، وإن أبوا كريه أجبروا عليه؛ لأن إلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز. وهذا ضرر عام؛ لأنهم يحتاجون إلى كري نصيبه^(٧) وهو عام؛ لأن الشركة عامة؛ لأنهم مائة فصاعداً، فإذا كانت الشركة خاصة بأن كان الشركاء ما دون المائة فأبى بعضهم الكري، هل يجبر؟ اختلف المشايخ فيه: قال بعضهم: لا يجبر، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى؛ لأن إلحاق الضرر الخاص لدفع الضرر عن الخاص لا يجوز.

وأما فيما يمنع الضرر^(٨) عن حفر البئر والنهر، واتخاذ الظلة، والبناء على الحائط المشترك، وقلع شجر الغير، والتصرف في ملكه [وغير ذلك]^(٩) وفيما ليس له ذلك إلى آخره:

رجل أراد أن يحفر بئراً على طريق العامة ليحري فيه الماء ويكس رأسها، أو أراد أن يرفع ظلة على بابها فلكل واحد أن يمنعه، لكن يرفع الأمر إلى القاضي أو إلى السلطان

- | | |
|-----------------------------|--------------------|
| (١) في «ج»: هذا. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: تمكن من: ساقطة. | (٧) في «ج»: نصيبهم |
| (٣) في «ج»: الأسفل. | (٨) في «ج»: العير |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | |

يمنعه عن ذلك، ولا يتولى بنفسه؛ لأن في منع العامة بعضهم بعضاً تهيج الفتنة، وذلك سبب الفساد ويبغي أن يكون في كل معروف كذلك إذا كان المعروف قوياً.

حائط بين رجلين وبيت أحدهما أسفل وبيت الآخر أعلى بذراع أو ذراعين، فانهما، فلهما أن يبنياه من الأسفل إلى أعلاه، لأن مثل^(١) هذا التماوت لا يعتبر؛ لأنه لا يمكن أن يتخذ فيه بيتاً آخر، ولو كان العلو بأربعة أذرع، فهذا مما يعتبر يقال لصاحب الأسفل: ابن حتى تنتهي إلى موضع البيت الآخر، فحينئذ يكون البناء عليكما^(٢)؛ لأن العلو إذا كان بهذه المثابة يمكن أن يتخذ فيه بيتاً آخر فيصير بمنزلة حائطين له سفلى^(٣) وعلو.

نهر يجري في دار رجل وله فيها بستان يسقيه من هذا النهر، وقد غرس على شط هذا النهر شجرة الفرصاد فتدخل^(٤) عروقه إلى دار حاره وتداغت داره إلى الخراب فإن لم تكن الشجرة مغروسة على حريم النهر فلا يؤمر بقلعها، فإذا دخلت عروقه في دار جاره ويتأذى به جاره يؤمر بقلعها، فإن لم يقطعها، يقطعها^(٥) صاحب الدار.

رجل له داران متلازمان إحداهما عامرة والأخرى غير عامرة، فباع الخراب وكان مصب الدار العامرة وملقى ثلجه [في] الدار الخربة، فأراد المشتري أن يمنعه عن ذلك ولم يبين البائع في الشراء^(٦) حكم مصب الماء ومخرج الثلج.

قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى: إن كان ميل^(٨) سطوحه إلى هذا الجانب، وعرف أن ذلك قديم، فالمسبل على حاله، وليس له أن يمنعه عن ذلك، وكذلك لو كان ميل سطحه إلى دار جاره وله فيها ميزاب قديم، فليس لصاحب الدار أن يمنعه. وهذا استحسان وبه جرت العادة، وفي القياس: ليس له ذلك إلا أن يقيم البيعة أن له حق المسبل.

رجل له حائط باع نصفه فأراد صاحب النصف أن يتخذ لتصبيه مفتحاً في النهر الماديان بأن كان مفتحه على وجه تنخرق ضفة النهر المشترك ليس له ذلك؛ لأن ليس له أن يتصرف في حق مشترك بغير إذن شريكه وإن أخذ منه على وجه لا يتصرف في ضفة النهر لم يمنع من ذلك.

رجل أراد أن يتخذ غطاء في صحراء نهر ولم يكن ذلك عليه في القديم، فلأرباب النهر أن يمنعوه من^(٩) ذلك، ولو فعل أمرؤ بالرفع.

رجل له داران ومسبل إحداهما على سطح الدار الأخرى، فباع الدار التي عليها المسبل من إنسان بكل حق هو لها، ثم باع الدار الأخرى من آخر، فأراد الأول أن يمنع الثاني من مسبل الماء على سطحه، فله ذلك إلا أن يكون شرط في البيع وبين أن مسبل

- | | |
|--|--------------------|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٦) في «ه»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: عليهما. | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: له سفلى: ساقطة. | (٨) في «ج»: مثل. |
| (٤) في «ج»: مدخل. | (٩) في «ج»: عن. |
| (٥) في «ج»: فإن لم يقطعها يقطعها: ساقطة. | |

[ماء] ^(١) هذه الدار على سطح النار الأخرى.

وأما فيما يجوز بيع الشرب ومقارضته ^(٢) وهبته وغير ذلك وفيما لا يجوز إلى آخره:

رجل اشترى شرباً ^(٣) بغير أرض ثم باعه مع أرض له لم يحز البيع الثاني لا أن يحير المالك الأول؛ لأنه بالبيع والقبض لم يصير ملكاً للثاني؛ لأنه لم ^(٤) يقع على شيء موجود وإنما يصح بيعه تبعاً للأرض ^(٥) فإذا باعه كان البيع الثاني موقوفاً على إجارة الأول إن أجار حاز.

شباروز ماء بين أقوام وكانوا يسوقونه إلى أسفل القرية ثم يقسمونه فيما بينهم على قدر نوبتهم فباع بعضهم حصته من الماء من رجل له أرض من أعلى القرية، وأراد أن يسوق الماء إلى أرضه في نوبته وشركاؤه يتضررون بذلك؛ لأنهم يحتاجون إلى سوق الماء في أسفل القرية بعد أن كان حقه وصل إليه بمقاسمة الماء فللمشتري أن يجري الماء في نوبته إلى أرضه ولا يستوعب ^(٦) نوبته على الكمال حتى يتخلى ^(٧) عن الماء في نوبته فيكون التهر منثلاً عند حاجة الآخرين إلى أخذه ^(٨) الماء.

رجل باع ماء جارياً ^(٩) بغير أرض ينظر إلى عادة أهل تلك القرية إن تعارفوا ذلك حاز؛ لأن هذا بيع المجري والماء جميعاً والماء تبع له، وليس على مشتريه خراج، وإن كان بالماء [خراجاً] لأن الماء عين ^(١٠) لا خراج فيه وخراجه على بائعه ولو شرط الخراج على المشتري كان البيع فاسداً، ولا يجوز بيع الشرب ولا إجارته، وإن سقى لم يلزمه شيء؛ لأنه مجهول، لأن الماء عين والعين لا تصير معلومة [ببيان المدة وإنما تصير معلومة] ^(١١) إنا بالإشارة أو بالكيل أو بالوزن ولم يوجد على هذا الوجه ومشايخ ملخ يجوزون بيع الشرب؛ لأن أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم والقياس مما يترك بالتعامل وكان الفقيه أبو جعفر الهمداني وأسناده أبو بكر البلخي رحمهما الله تعالى: لا يجوزانه وكانا يقولان: هذا تعامل بلدة واحدة، والقياس: يترك بتعامل البلاد كلها كما في الاستصناع ولا يترك بتعامل بلدة واحدة.

ولو باع الأرض والشرب جاز؛ لأن الشرب من تواع الأرض [من حيث إن الانتفاع بالأرض من حيث الزراعة لا يتهياً إلا بالشرب، فيجوز بيعه تبعاً للأرض] ^(١٢) وقد يجوز بيع الشيء تبعاً لغيره وإن كان لا يجوز مقصوداً كالأطراف من العبد هذا إذا باع الأرض مع ^(١٣) شربها. أما إذا باع الأرض مع شرب أرض أخرى غير شرب الأرض المبيعة. اختلف المشايخ فيه: قال الفقيه أبو جعفر الهمداني رضي الله تعالى عنه: يجوز.

ولو قال: بيعت منك هذه الأرض بألف درهم وبيعت منك شربها، هل يجوز؟ اختلف

- | | |
|--|---------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ح»: إجارة. |
| (٢) في «ج»: ومعارضته، وفي «أ»: معاوضة، وانثبت الأول. | (٩) في «ج»: مجارية. |
| (٣) في «ج»: ماء. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: بالأول. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: يستوجب. | (١٣) في «ج»: من. |
| (٧) في «ج»: يحل. | |

للمشايع فيه منهم من قال لا، لأنه ذكر الشرب بيعاً على حدة، فصار أصلاً، ومنهم من قال: يجوز؛ لأنه وإن ذكر للشرب بيعاً على حدة لم يذكر له ثمناً [على حدة]^(١)، فلم يصير أصلاً، وعلى هذا الخلاف إذا قال بعث منك هذه الشاة بألف درهم، وبعث منك أطرافها، وكذا في الصّرف وغير ذلك، وإن لم يشترط الشرب لم يدخل في البيع، ولو استأجر أرضاً دخل الشرب، وإن لم يشترط^(٢)، وكذا مسيل الماء، والفرق: أن الشرب، ومسيل الماء شيء خارج عن الأرض فلا يدخل تحت بيع الأرض من غير ذكر ولم يصور مذكوراً نصاً^(٣) ولا مقتضى [البيع]^(٤)، وصار مذكوراً مقتضى الإجارة؛ لأن الإجارة عقدت على منفعة الرّعاية. أمّا^(٥) الشرب إنما^(٦) يدخل تحت الإجارة إذا استأجر الأرض للزراعة ولا تنهياً الزراعة من غير شرب فصار الشرب مذكوراً مقتضى الإجارة. فأما^(٧) الشراء ورد على رقة الأرض، والرّقية نوعاً^(٨) منفعة^(٩): منفعة الرّعاية، ومنفعة السناء، فباحدي المتفعنين^(١٠) إن كانت لا تنهياً إلا بالشرب فالأخرى تنهياً، فلا يدخل بالشك، ولو ذكر في الشراء كل حق هو لها دخل الشرب والمسيل، ولو^(١١) لم يشترط كل حق هو لها واشترط مرافقتها كان له الشرب ومسيل الماء، وكذا لو اشترط كل قليل وكثير هو فيها ومنها دخل الشرب والمسيل؛ لأنه جعل ذكر الحق كناية عن الشرب والمسيل كيلا يلغو ذكر كل حق، وكذا كل قليل وكثير هو فيها ومنها كيلا يلغو ذكر كل^(١٢) قليل وكثير فصار الشرب والمسيل مذكوراً كناية ولو ذكرهما صريحاً دخل تحت البيع فكذا إذا ذكرهما كناية.

ولا يجوز مقارضة الشرب بأن يقرض بشرب هذا النهر^(١٣) ليقطع شرب نهر آخر؛ لأن بيع الشرب وحده بالتّراهم لم^(١٤) يجوز؛ فلأن^(١٥) لا يجوز بيع^(١٦) الشرب بالشرب والمانع متمكن فيهما كان أولى.

ولا تجوز هبة الشرب ولا بيعه إلا مع الأرض؛ لأنه^(١٧) لو ملك ملك قصداً والشرب بلا أرض لا يملك قصداً، ولو جعل أمير خراسان لرجل في النهر الأعظم شرباً إن كان ذلك يضر بالناس لم يجوز، وإن لم يكن ذلك يضر بالناس جاز؛ لأن أمر الإمام واحداً من الرّعية، بأن يتخذ منه شرباً لنفسه بمنزلة ما لو أخذ الإمام لنفسه شرباً، ولو أخذ لنفسه شرباً من النهر الأعظم إن كان يضر بالعمامة فليس له ذلك وإن كان لا يضر فله ذلك إذا حصر في

- | | |
|--|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: المبيمين. |
| (٢) في «ج»: وإن لم يشترط: ساقطة. | (١١) في «ج»: وإن. |
| (٣) في «ج»: نصاً. وفي «أ»: أيضاً، ولعل ما في «ج»: أصح، وهو المثبت. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: النهر. وفي «أ»: الشهر. ولعله تصحيف ولذا أثبت الأول. |
| (٥) في «ج»: إذا. | (١٤) في «ج»: لا. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: لأنه. |
| (٧) في «ج»: فإن. | (١٦) في «ج»: بيع، وفي «أ»: مع، والمثبت الأول. |
| (٨) في «ج»: نوع. | (١٧) في «ج»: فكأنه. |
| (٩) في «ج»: ساقطة. | |

ملكه أو في أرض غير مملوكة لأحد فكذا إذا أمر غيره.

وتجوز الوصية أن يسقى أرض فلان شهراً^(١) وحياته؛ لأن الوصية أخت الميراث فما يحري فيه الإرث تحري فيه الوصية إذا كان الموصى له ينتفع بذلك والشرب ميراث، لأن الملك بالإرث يقع حكماً لا قصداً، ويجوز أن يشت الشيء حكماً وإن كان لا يثبت قصداً. ألا ترى أن الكفالة بالتفليس والقصاص يملك بالميراث ولا يملك بسائر الأسباب، فجاز أن يكون الشرب بلا أرض كذلك.

ولو أوصى لرجل بشرب في سبيل الله تعالى والفقراء أو الحج لا يجوز؛ لأن هذا وصية ببيع الشرب من غير أرض والتصدق بالثمن في سبيل الله تعالى والفقراء والحج وبيع الشرب^(٢) بدون الأرض لا يجوز حتى يتصدق بثمنه، وبيع عشر النهر أو القناة جائز؛ لأنه باع جزءاً مشاعاً معلوماً من جملة معلومة فيجوز.

وإن^(٣) تزوج امرأة على شرب كان لها مهر مثلها؛ لأن المسمى مال مجهول، وكذلك الخلع والكتابة؛ لأن المسمى مجهول.

وأما فيما تجوز قسمة الشرب^(٤) وفيما يجوز نقض قسمة الماء وفيما لا يجوز، إلخ: نهر بين رجلين أراد أن يسرقا الماء منه هذا يوماً وهذا يوماً، جاز؛ لأنه^(٥) قسمة بطريق التهايز للنهر^(٦)، ولو كان لكل واحد منهما نهر فاصطالحا على أن يستقي كل واحد منهما من نهر صاحبه لا يصح ذلك؛ لأن هذا بيع.

ولو اصطالح قوم على شرب أيام فيهم رجل كان لصاحب الأرض الغائب أن ينقض القسمة إلا أن يقره^(٧) حقه. وهذه المسألة على وجهين: إما أن طلبوا من الغاضي أن ينصب وكيلاً عن الغائب ليقتسموا وفعل، أو لم يطلبوا.

ففي الوجه الأول: ليس للغائب أن ينقض القسمة؛ لأنهم اقتسموا بحضرة نائب الغائب. وفي الوجه الثاني: إن وقعت القسمة على جور بأن نقصوا من حق الغائب أو على عدل فإن وقعت على جور فللغائب أن ينقض القسمة، وإن وقعت على عدل ليس له أن ينقض؛ لأن الغائب لو نقض هذه القسمة^(٨) أولاً احتجنا إلى إعادة مثلها ثانياً فلا يفيد^(٩) ولا كذلك قسمة الدور، والأرضين لأننا متى^(١٠) أعدنا ريثما يقع في نصيبه غير ما كان وقع له في القسمة الأولى فكان مفيداً.

نهر مأخوذ من واد [مرو]^(١١) بين قوم مقسوم بالألواح، وهم شركاء فيه، فوجد بعد القسمة بجري الماء إلى واحد خمسة عشر شبراً وإلى كل واحد من الآخرين عشرة، فقال

- | | |
|-------------------------------------|---|
| (١) في «ج»: أي. | (٧) في «ج»: يقره، وفي «أ»: يقره، والثبت الأول |
| (٢) في «ج»: من غير... الشرب: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة |
| (٣) في «ج»: ولو. | (٩) في «ج»: تفسد. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: لنا. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: للماء. | |

صاحب الزيادة: إنما جعلت لنا هكذا، لأن محراناً أردى يترك على ذلك؛ لأنه تبين أنه في أصل القسمة وقعت هكذا لمصلحة رأوها في ذلك، فلا تبطل القسمة^(١) وأما فيما يدخل النهر والشرب في بيع الأرض وما لا يدخل:

قطعة أرض لرجل وبجبهه نهر له فيها مجرى لصاحب النهر ووراء النهر طريق، منع صاحب الأرض قطعتة، وذكر في الصك حدّ قطعة الأرض الطريق، فالنهر داخل في المبيع؛ لأنه يقرّ أن المبيع من هذا الحد إلى ذلك [الحد]^(٢) والنهر فيكون داخلًا فيه، ولو كان بئر في أرض بين رجلين ومما بينهما، فباع أحدهما نصيبه من البئر بطريقها في هذا الأرض لم يجز، إلا أن يبيع نصيبه من الأرض، ومن البئر جميعاً منه، فيجوز، ولو باع نصف البئر بغير طريق في الأرض جاز.

أما الأول: فلاّنه باع نصيبه من قطعة معلومة من موضع كان مشتركاً بينه وبين صاحبه فلا يجوز إلا بإذن صاحبه، كما لو باع أحدهما نصيبه من بيت بعينه من دار مشتركة بينهما لم يجز إلا بإذن شريكه كذا هنا. واختلف المشايخ في^(٣) أنه لا يجوز البيع في الطريق خاصة أم^(٤) في البئر والطريق جميعاً، قال بعضهم: لا يجوز فيهما، وقال بعضهم: لا يجوز في الطريق خاصة.

وأما الثاني: فلاّنه باع نصيبه من مكان مشترك فيجوز، كما لو باع نصيبه من الدار المشتركة. وأما الثالث: فلاّنه وإن باع قطعة معلومة من مكان مشترك ولكن يبيع قطعة معلومة من مكان مشترك لم يجز، إلا بإذن صاحبه، لأنه لو جاز يحتاج إلى قسمين: [إلى قسمة]^(٥) مع مشتري القطعة، وإلى قسمة مع شريك البائع، فربما يتفرق نصيبه. هذا المعنى ما هنا معدوم، لأن البئر مما لا يحتمل القسمة، [فصار قياس مسائلنا من الدار إن كان البيت الذي باع نصيبه منه صغيراً لا يحتمل القسمة]^(٦) ولو كان كذلك جاز وقد ذكرنا بعضها فيما يجوز الشرب وفيما لا يجوز.

الفصل الثاني

فيما يضمن صاحب النهر ما تلف من جريان الماء

وغيره وفيما لا يضمن^(٧)، الخ

مهر يجري بين أرض قوم فانشق النهر فأفسد أرض بعضهم، فلصاحب الأرض أن يأخذهم بإصلاح نهرهم دفعاً للضرر عنه، وليس لهم أن يأخذوه^(٨) بعمارة الأراضي، لأن

- | | |
|--------------------------------|--------------------------------------|
| (١) في «ج»: ساقطة | (٥) في «ه»: ساقطة. |
| (٢) في «ه»: ساقطة. | (٦) في «ه»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: المشايخ في: ساقطة. | (٧) في «ج»: النهر ... لا يضمن: ساقطة |
| (٤) في «ج»: أنه. | (٨) في «ج»: له أن يأخذهم |

ذلك حصل لا بصنعهم.

رجل ألقى شاة مبيتة في نهر طاحونة إنسان فسار بها الماء في الطاحونة وحربت الطاحونة بنظر: إن كان النهر لا يحتاج إلى الكري يضمن إذا علم أنها خربت من ذلك، لأنه سبب للتلف.

رجل قلع شجرة له على ضفة نهر وأخذ التراب وألفاه في^(١) موضع الشجرة حتى سواه وتركه، ثم إن^(٢) أرباب النهر أرادوا كسبه، فاستأجروا رجلاً ليحري الماء في النهر ليسيل النهر فيسهل عليهم حفره، فأرسل الماء وتأخر^(٣) الرجل، وكان ذلك ليلاً فلما انبه، وجد الماء قد خرج من موضع قلع الشجرة وأفسد كدس إنسان وصاحب الشجرة يقول أصلحته. أما الأجير، فلا ضمان عليه؛ لأن فعله منقول إلى المستأجر، وأما قالع الشجرة إن كانت الشجرة قريباً منه حتى صارت ضفة النهر، فلا ضمان عليه لأنه مضطر في ذلك؛ لأن حوالى الشجرة ملكه فهو^(٤) تصرف في ملكه وإن كان لم يبلغ الشجرة جانب النهر مبيتة فانهدم جانب النهر بذلك، فهو ضامن لما أفسد الماء؛ لأنه تصرف في ملك الغير وهو غير مضطر إلى^(٥) التصرف فيه.

رجل سقى أرضه فأرسل الماء في النهر حتى جاوز من أرضه، وقد كان طرف أرض رجل تروياً أسفل^(٦) منه في النهر فلم يوجد^(٧) الماء ممراً فمال إلى قطن رجل عن النهر ففرقه، فالضمان على من أحدث في النهر حدثاً، لأنه هو المتعدي.

رجل^(٨) في داره مجرى ماء فحوّله إلى^(٩) ناحية من^(١٠) داره فهدم دار جاره من ذلك فهو ضامن سواء ترك بين النهر وبين الحائط فجوة أو لم يترك؛ لأنه لا حق له في التحويل؛ فما تولد منه فهو ضامن^(١١) هذا إذا أخرج الماء من النهر في موضع ليس له حق الإخراج. أما لو شق حافة النهر في موضع له حق الشق وأجرى فيه الماء إلى موضع آخر^(١٢) فإنه لا يضمن إذا ترك بينهما فجوة؛ لأنه ليس فيه جناية.

ولو سقى رجل أرضه فمال^(١٣) منه إلى أرض رجل أو داره فغرقها لم يضمن، وكذلك لو نزلت. قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى: تأويل هذا: إذا سقى في أرضه سقياً معتداً وهو سقى سقياً مثله لهذه الأرض؛ لأنه متى يسقى سقياً معتداً كان متسناً؛ لأن السقى

(١) في «ج»: على. (٢) في «ج»: ساقطة. (٣) في «ج»: نام.
(٤) في «د»: يبدأ السقط من قوله: قال القاضي: قد أمرتك باستمعة إن كان الأمر كما نقول إذا حد القاضي إهلاك في كتاب المراعاة الفصل الثاني في اختلاف المراوغ مع رب الأرض في الربح وغيره ص ١٧٥، إلى قوله: فلا ضمان عليه؛ لأنه مضطر في ذلك؛ لأن حوالى الشجرة ملكه فهو في الفصل الثاني ص ١٩٢: من كتاب الشرب وتعامها في «أ» و«ج»، وهذا لا يؤثر.
(٥) في «ج» و«د»: في. (٦) في «ج»: انتقل. (٧) في «ج» و«د»: يجد.
(٨) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٠) في «ج»: ساقطة.
(١١) في «ج»: سوء ترك... فهو ضامن ساقطة.
(١٢) في «ج»: ساقطة. (١٣) في «ج» و«د»: فمال

المعتاد قد يعرق أرض جاره وقد لا [يفرق]^(١) فكان مسيباً فالحافر والمسبب لا يضمن ما تولد من فعله ما لم يكن متعدداً في السبب. أمّا إذا سقى سقياً غير معتاد، ضمن، لأنّه مباشر؛ لأنّ هذا يفرق أرض جاره لا محالة فإن كان في أرضه جحر فأرة متعدداً إلى أرض جاره إن كان لا يعلم بجحر الفأرة لا يضمن وإن كان يعلم يضمن. قال الشيخ الإمام إسماعيل الرّاهد: هذا كله إذا سقى سقياً معتاداً وهو محق في السقي بأن سقى في نوبته مقدّر حقه. أمّا إذا لم يكن محقاً بأن سقى في غير نوبته أو في نوبته أكثر من حقه ضمن، لأنّه متعدّد وإن كان متسبباً فهو متعدّد في التسبب فيضمن ما تولّد من فعله.

رجل له مجرى ماء تحت دار رجل فأجرى الماء فيه فدخل الماء ثقباً وتعدّى إلى داره وخربت إن أجرى في النهر ما يطبق النهر ولولا الجحر لما نصب الماء والجحر حفي فلا ضمان عليه؛ لأنّه استوفى حقه غير متعدّد إلى ضرر أحد، فأما إذا أجراه على وجه لا يطبق النهر ويتمنّى سواء كان جحراً أو لم يكن يجب عليه الضمان؛ لأنّه ما استوفى حقه على وجه هو حقه.

رجل له نوبة في شرب بأن كان [له]^(٢) بكرة روي، فسقى رجل أرضه شربه. ذكر في الجامع الصغير: أنّه يضمن، وذكر في غيره: أنّه لا يضمن فصار فيه روايتان.

ولو اتخذ رجل قنطرة على نهر في طريق العامة فمشت الناس والدواب عليها حتى كسروها فوقع فيها^(٣) إنسان وأعثر به وهو يراه متممداً لم يضمن الذي اتخذ؛ لأنّ المتخذ للقنطرة مسبب للتلف؛ لأنّه لمتصل بالماشي^(٤) إثر فعله والماشي عليه مباشر للتلف؛ لأنّ المتصل به حقيقة فعله وهو المشي، والمتسبب مع المباشر إذا اجتماعا واستويا في التعدّي لا يجب الضمان على المتسبب. هذا إذا علم الماشي بذلك وإن لم يعلم ضمن المتخذ للقنطرة في ظاهر الرواية، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنّه لا يضمن؛ لأنّه غير متعدّد في التسبب؛ لأنّ اتخاذ القنطرة حتى^(٥) يمر فيه حسبه بخلاف ما لو حفر بئراً في طريق العامة، وجه ظاهر الرواية: أنّه متعدّد في التسبب^(٦)؛ لأنّه ليس له إحداث^(٧) القنطرة على نهر نقوم خاص بغير إذنهم؛ لأنّه متصرف في ملكهم والتصرف في ملكهم بغير إذنهم تعدّي، وإذا كان النهر للعامة فالتصرف فيه بغير إذن الإمام تعدّي.

وأما فيما يجب عليه إصلاح النهر والبئر والحوض والمستنقعة:

نهر كبير انشق^(٨) منه^(٩) نهر^(١٠) صغير فخربت فوهة النهر الصغير [أي فم النهر الصغير]^(١١) فأراد إصلاحه فمؤونة إصلاح رقبة^(١٢) النهر الصغير على أربابها، ولا شيء على

(٧) في «ج»: اتخذ.

(٨) في «ج»: وده: انشعب.

(٩) في «ج»: وده: منها.

(١٠) في «ج»: ساقطة.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١٢) في «ج»: ساقطة.

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «ج»: به.

(٤) في «ج»: بالماء.

(٥) في «ج»: حتى.

(٦) في «د»: لأنّ اتخاذ القنطرة... في التسبب: ساقطة، وهي في «أ» و«ج» (١٢) في «ج»: ساقطة.

أرباب النهر الكبير؛ لأنهم هم^(١٠) الذين يتفمون^(١١) بذلك لا هؤلاء.

نهر صيق^(١٢) يخرج منه الماء ويسيل في نهرين وبينهما حائل من خشب يمد أحياناً ويسل الماء في مجرى واحد^(١٣) فأرادوا أن يأخذوا ذلك من التمرة^(١٤) والآجر^(١٥) ليمسك الماء؟ لهم ذلك تحصيناً للمواضع الفاسدة بقدر ما يكون حائلاً ومائعاً خلط حق غيرهم بحقهم

نهر في دار رجل لرجل فتعدى الضرر من ذلك النهر إلى^(١٦) دهليز جاره ثم^(١٧) يتعدى من ذلك^(١٨) الدهليز إلى دار امرأة أخرى وفيه ضرر بين، فلصاحب الدار أن يأخذ صاحب المجرى بإصلاح ذلك، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى؛ لأن الضرر جاء من جهته فكان عليه دفعه.

رجل له مجرى في دار رجل فخرّب فأصلاحه على صاحب المجرى، لأن الماء الذي يجري في النهر ملكه فهو الذي^(١٩) يستعمل النهر بملكه فعليه إصلاحه

نهر يدخل من أعلى المدينة ويخرج من آخرها فاحتيج إلى الكري قبل لأهل المدينة: احمروا هذا النهر فإن لكم فيها نفعاً. هذه المسألة مما لا يجري فيه الحكم فالصلح فيها أولى، وعلى السلطان كرى النهر الأعظم وإصلاح مسناته؛ لأن منفعة هذا النهر لعامة المسلمين [فيكون مؤونة كرىه لعامة^(٢٠) المسلمين]^(٢١)، ومال بيت المال لعامة المسلمين^(٢٢) لكن يصرف إلى الكري مال الخراج والجزية وما يجري مجراهما إلا الصدقات والعشر.

حوض في بستان رجل [وهو]^(٢٣) مستنقع لماء أقوام ويضر ذلك ببناء^(٢٤) صاحب البستان فلصاحب^(٢٥) البستان أن يمنعهم من إجراء الماء إلى أن يصلح الحوض إن كان مقرراً بأن الحوض لهم واستنقع الماء فيه^(٢٦) قديم فليس على صاحب البستان إصلاح ذلك.

نهران بينهما مسناة إلا أن أحدهما أصغر والآخر أكبر فاحتيج إلى إصلاح المسناة فنفتحه بينهما نصفان ولا تعتبر بالقلّة والكثرة.

جدار بين رجلين لأحدهما عليه حمولة كثيرة^(٢٧) وللآخر أقل واحتيجت إلى العمارة فذلك يكون بينهما نصفين بخلاف النمرقة إذا فسدت واحتيج إلى إصلاح يكون ذلك على

(١٠) في «ج»: ودّه. . . فهو الذي ساقطة.

(١١) في «ج»: يتفمون.

(١٢) في «أ»: عروق، وفي «د»: نهر رق، وما في

(١٣) في «أ»: أثبتاه في النص.

(١٤) في «ج»: ساقطة.

(١٥) في «ج»: ساقطة.

(١٦) في «ج»: ساقطة.

(١٧) في «ج»: ساقطة.

(١٨) في «ج»: ساقطة.

(١٩) في «ج»: ساقطة.

(٢٠) في «ج»: ساقطة.

(٢١) في «ج»: ساقطة.

(٢٢) في «ج»: ساقطة.

(٢٣) في «ج»: ساقطة.

(٢٤) في «ج»: ساقطة.

(٢٥) في «ج»: ساقطة.

(٢٦) في «ج»: ساقطة.

(٢٧) في «ج»: ساقطة.

(١) في «ج»: ودّه: ساقطة.

(٢) في «ج»: يتفمون.

(٣) في «أ»: عروق، وفي «د»: نهر رق، وما في

(٤) في «أ»: أثبتاه في النص.

(٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «ج»: ساقطة.

(٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: ساقطة.

(١١) في «ج»: ساقطة.

(١٢) في «ج»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: ساقطة.

(١٤) في «ج»: ساقطة.

(١٥) في «ج»: ساقطة.

(١٦) في «ج»: ساقطة.

(١٧) في «ج»: ساقطة.

(١٨) في «ج»: ساقطة.

(١٩) في «ج»: ساقطة.

(٢٠) في «ج»: ساقطة.

(٢١) في «ج»: ساقطة.

(٢٢) في «ج»: ساقطة.

فدر مياهم، لأن الثمرق إنما يحتاج إليه كذلك فيكون إصلاح كل واحد على قدره.
وأما معرفة حريم النهر والبئر وما يجوز الوقف على إصلاح النهر [وغيره] (١)
[الأشياء التي يكون لها حريم بالإجماع خمسة:

إحداها: البئر العطن: وتفسيره (٢): البئر الذي (٣) ينزح الماء منه باليد (٤) وحريمها أربعون ذراعاً لقوله عليه الصلاة والسلام: «حريم البئر العطن أربعون ذراعاً، وحريم بئر الناضح ستون ذراعاً» (٥) وحريم أنعين ستمائة ذراع (٦) وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، ثم اختلف المشايخ؟ قال بعضهم: [أربعون] (٧) من الجوانب الأربعة من كل جانب عشرة أذرع (٨)، وقال بعضهم: من [كل] (٩) جانب أربعون، وقال بعضهم: التقدير بقدر الحاجة، والتقدير بأربعين في ديارهم؛ لأن أراضيهم صلبة. أما أراضيهم رخوة. يزداد على الأربعين متى احتاج إليه حتى لا تتعطل منفعة بئره لعل (١٠) يجيء (١١) آخر فيحفر بئراً فوق الأربعين فيتحول الماء (١٢) إليه لرخوته.

والثاني: البئر الناضح: وتفسيرها: أن ينزح الماء منه بالبعير (١٣)، وحريمها أربعون عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد: ستون ذراعاً. لهما رحمهما الله تعالى النص الذي روينا. ولأبي حنيفة: ما روي عن النبي ﷺ: «مَنْ حَفَرَ بَيْتْرًا فَلَهُ مَا حَوْلَهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا عَطْنًا لِمَا شِئِيَ» والعطن: [موضع] (١٤) مناخ الإبل

والثالث: العين: فإن من استخرج عيناً في أرض موات يستحق الحريم، وحريمها خمسمائة ذراع بالنص الذي روينا، ثم من كل جانب أر من الجوانب الأربع على حسب ما اختلفوا في حريم البئر.

والرابع: القناة: فإن من أخرج قناة في أرض موات يستحق الحريم، وحريمها: ما هو حريم البئر. من مشايخنا من قال: هذا إذا لم يظهر القناة على وجه الأرض فأما إذا ظهر كان بمنزلة العين فيكون حريمها مثل حريم العين خمسمائة ذراع.

والخامس: غرس: (١٥) الشجر فإن من غرس الشجر في أرض موات يستحق الحريم وحريمه لم يقدره محمد رحمه الله تعالى بشيء، ومشايخنا قدروا الحريم بخمسة أذرع، وهذا كله إذا فعل بإذن الإمام، وإن (١٦) فعله بغير إذن الإمام؟ عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يستحق، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يستحق.

- | | |
|--|---|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «أ»: لعل، وفي «أ»: بعد، والثبت الأول. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: يجيء، وفي «أ»: مجيء، والثبت الأول. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) نصب الراية للزيلعي كتاب إحياء الموات، الحديث الرابع. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٨) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «أ»: وإن. |

والمراد بالذراع: ذراع العامة سبع مشنات ليس فوق [كل] ^(١) مشنت أصبع قائمة

رجل وقف على مرمة نهر يجري في سكة كذا، وكان الماء ينصب من الذرقة إلى السكة ثم يخرج فيه ويسيل من السكة الموقوفة عليها، واحتيج النهر إلى المرمة في تلك السكة التي يخرج منها الماء لا يرم من الوقف تلك السكة من أعلاها، بخلاف ما إذا كان ينصب الماء من النهر الأعظم ويسيل على فضاء ليس له شفة ولا شارب ثم يسيل منه إلى السكة الموقوفة عليها فإنه يرم من الوقف من أعلاها إلى أن يخرج من السكة، والفرق: وهو أن في الفصل الأول النهر ينصب إلى السكتين جميعاً، والوقف على هذا لا على ذلك. وفي المصل الثاني: النهر كله ^(٢) ينصب إلى تلك السكة. ألا ترى أنه لو احتيج هذا النهر إلى الكري يكون ^(٣) من تلك الغلة، وإنما يفعل ما كان في تركه فساد النهر. قال الفقيه رحمه الله تعالى: إن كان يحدث بترك الحفر تخريب المسناة جاز أن يحفر؛ لأن كل ما كان في تركه خراب فهو من المرمة.

رجل له مجرى ماء على سطح جدار له فخر ب سطح الجدار فإصلاح ذلك على صاحب السطح بمنزلة السفل مع العلو؛ ولا يجبر على ذلك، ويقال للذي له حق الأجراء ^(٤): اصنع بأوقاف الموضع المحوى على سطح الدار لينفذ الماء على ^(٥) مصبه.

وأما فيما له حق رفع البئر ورفع التراب الواقع في البئر والنهر وغيره إلى آخره:

سكة نافذة وفيها بئر لماء المطر عند باب دار رجل فامتلاً البئر، وكان يتضرر صاحب الدار به فله أن يكتسها ويرفع الضرر عن نفسه؛ لأن هذا بئر على طريق العامة فلكل واحد أن يكتسها ^(٦)، وكذلك إذا كانت السكة غير نافذة والبئر محدثة ^(٧) لأنه لكل واحد من أهل السكة ولاية رفعه، ولذلك إذا كان البئر مجراها في السكة كان الجواب على ما ذكرناه.

نهر لقوم في ^(٨) أرض رجل فكنسوا ^(٩) النهر وألقوا التراب على حافة النهر، فلصاحب الأرض أن يأخذهم برفع ما جاوز الحريم؛ لأن ذلك ليس بحق لهم فعليهم تفرغه.

نهر انشق ^(١٠) ودخل الماء في أرض رجل وتطين في أرضه وصار رذعاً، فليس لأحد أن يأخذ من ذلك، ولو أخذ ضمن؛ لأن الطين صار في أرضه، فصار كأنه أخرجه ^(١١) من أرضه.

- | | |
|-------------------------------|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج»: مجراه. |
| (٢) في «ج»: النهر كله: ساقطة. | (٨) في «ج»: من. |
| (٣) في «ج»: و«د»: يكرى. | (٩) في «أ»: فسلكوا، وفي «ج»: و«د»: فكسوا وأبنا الأخير. |
| (٤) في «ج»: الأجر. | (١٠) في «ج»: و«د»: انشق. |
| (٥) في «ج»: و«د»: إلى. | (١١) في «ج»: و«د»: خرج. |
| (٦) في «ج»: يكتبه. | |

الفصل الثالث

في الاختلاف في الأشجار على النهر المشترك والاختلاف في الشرب، وفي مقدار الشرب المشترك إلى آخر الفصل

نهر بين رجلين وعلى ضفته أشجار فيذعي كل واحد منهما أن الأشجار له فذاك لعارسه إن عرف وإن لم يعرف يحكم لكل واحد [منهما]^(١) ما كان في ملكه؛ لأنه في يده، وما كان في ملكهما فهو بينهما نصفان.

حائط لرجل وله أشجار على ضفة نهر وكان لرجل آخر في ذلك الجانب كرم، وبين الكرم والنهر طريق، فنبت من عروق هذه الأشجار في الجانب الآخر من النهر أشجار، فادعى صاحب الكرم أن الأشجار له وادعى الآخر أنه^(٢) من عروق أشجاره إذا علم أنه من عروق هذه الأشجار فهو لصاحب الحائط، ولو لم يعرف ذلك ولا^(٣) يعرف لها غارس بهذه أشجار لا مالك لها، فلا يستحقها أحدهما؛ لأنها ليست^(٤) في يد أحدهما ولم يوجد دليل الملك في يد^(٥) أحدهما.

ضبعة لرجل متلازمة على نهر ماديان وعلى ضفة النهر أشجار دلب^(٦) ولا يعرف عارسها إن كانت لا تنبت إلا بالإنبات ولكن لا يعرف لها منبت فهي كاللقطة، وإن كانت تنبت من غير إنبات أحد وأرباب النهر قوم لا يحصون فهي لمن أخذها، وليس صاحب الضبعة أخص بها إلا أن يقطعها [فحيثذا]^(٧) يصير بالقطع أحق [بها]^(٨) من غيره.

أشجار على ضفة نهر لقوم^(٩) ومجرى^(١٠) النهر في سكة غير نافذة وبعض هذه الأشجار في ساحة هذه السكة فادعى بعض أهل هذه السكة أن غارسها فلان وأنا وارثه وأنكر أهل السكة ذلك فعلى المدعي البينة على ما ادعى، وإن لم تكن^(١١) له بينة فما كان من الأشجار خارجاً من حريم النهر فهي لجميع أهل السكة، وما كان على الحريم فهي لصاحب النهر؛ لأنها في ملكه.

رجل [له]^(١٢) أرضان على نهر إحداهما أعلى والأخرى أسفل فادعى أن شربهما من

- | | |
|--|--------------------------------------|
| (١) في داء: ساقطة. | (٧) في داء: ساقطة. |
| (٢) يعود الضمير إلى الأشجار كما في داء: داء. | (٨) في داء: داء: ساقطة. |
| (٣) في داء: ولم. | (٩) في داء: الأقوام. |
| (٤) في داء: يستحق أحدهما لأنه ليس. ساقطة. | (١٠) في داء: لأقوام ومجرى. |
| (٥) في داء: داء: حق. | (١١) في داء: ساقطة. |
| (٦) شجر الدلب. وفي داء: دياب. | (١٢) في داء: داء: ساقطة، وهي في داء. |

هذا النهر وأبكر الشركاء أن يكون مشرباً^(١) إحداهما بعيه من هذا النهر إن لم يكن يشرب من نهر آخر فالقول: قول صاحب الأرض؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الأرض لا تكون بدون الشرب ظهراً.

وأما فيما يجمع المياه المتفرقة في موضع واحد، وفيما ليس له ذلك: رجل له مياه متفرقة في قرية فأراد أن يجمع كله ويجعله في شباروز واحد له ذلك، لأنه لا ضرر فيه لغيره.

وأما فيما ليس له أن يسقي زرعه ويشربه ويسقي دوابه [من]^(٢) ماء غيره: نهر أو قناة لرجل ليس لأحد أن يسقي منه زرعه أو أرضه مضطراً في ذلك أو غير مضطراً؛ لأنه لا حق له في ذلك، فإن فعل بغير أمر صاحبه فلا ضمان عليه لكن لصاحبه أن يرفع الأمر إلى القاضي أو إلى السلطان ليؤدبه بالصرب وبالحبس إن رأى ذلك.

رجل له حمار ويقور كثيرة فأراد أن يسقي من نهر رجل وخاف صاحب النهر فساد المسنة وتخريب^(٣) النهر فله منعه عن^(٤) ذلك [وبه]^(٥) أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى؛ لأن له أن ينتفع بالماء لكن بشرط أن لا يخرب ملك غيره، وهنا فيه تخريب^(٦) وفساد، ومن^(٧) كان له نهر أو بئر^(٨) لم يكن له أن يمنع غيره من شربه، وكان له أن يجمع من سقي زرعه وشجره لقوله عليه الصلاة والسلام: «النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ: فِي الْمَاءِ وَالْكَلْبِ وَالنَّارِ».

ثم الشركة في الماء على أربعة أوجه:

الأول: الشركة في ماء البحار: وأنه مشترك بين الناس في [كل]^(٩) شيء في حق الشرب^(١٠) لبني آدم والدواب ومشترك في حق سقي الأراضي أيضاً حتى إن^(١١) من أراد أن يكري منه نهراً لسقي الأراضي بأن أحيا أرضاً مواتاً ليس لأحد أن يمنعه عن ذلك فحقيقة الشركة بين الناس في الماء تتحقق في ماء البحار.

والثاني: شركة في ماء^(١٢) الأودية العظام التي هي [غير]^(١٣) مملوكة لأحد ولم يدخل ماؤها تحت القسمة كجيحون وسبحون ودجلة والفرات: فإن الناس شركاء في حق الشرب من هذه الأودية. أما في حق سقي الأراضي بأن أحيا رجل أرضاً مواتاً وأراد أن

- | | |
|---|--|
| (١) في «ج» و«د»: يشرب. | (٨) في «د»: أو بئر: ساقطة، وهي في «أ» و«د». |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: وتخربه. | (١٠) في «ج» و«د»: الماء: ساقطة، وأشار إليها في |
| (٤) في «ج»: من. | كلمة بأل المهدية. |
| (٥) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: تخربه. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «أ» و«ج»: وما، وفي «د»: ومن، وقد | (١٣) في «أ»: ساقطة. |
- أنشأ الأخير.

يكري نهراً يسقيها إن كان لا يصير بالعمامة فله ذلك، وإن كان يضر بالعمامة فليس له ذلك. والثالث وهو أن يكون النهر مشتركاً والماء داخل في القسمة، وهذا على نوعين. إما أن تكون الأنهار عطاماً كيباً فمحجن وخقير وبرود وحرام كام، والكام التي يكون عليها قري. وحذ^(١) ذلك. أن يكون الشركاء مائة فصاعداً: أو تكون الأنهار صغاراً بأن كان الشركاء ما دون المائة، والناس في النوعين شركاء في حق الشرب وإن أتى ذلك على الماء كله لما روينا من الحديث، لكن إذا أراد رجل أن يسقي بذلك أرضاً أحياءها فلاهل النهر أن يمنعه أضر بهم أو لم يضر بهم^(٢)؛ لأنه أراد كسر حاجتي النهر وهذا مملوك لهما. والزابع: أن يأخذ رجل الماء بالأوابي وغير ذلك فإنه تنقطع شركة الناس كفة في حق الشرب وغيره؛ لأنه صار مملوكاً له لكن^(٣) بشبهة الشركة قائمة لظاهر الحديث حتى لو سرفه إنسان في موضع يعز^(٤) وجوده ما يساوي عشرة لا يقطع يده. وأما الشركة في الكلأ: [فهو]^(٥) على ثلاثة أوجه:

الأول: أن يكون الحشيش في أرض لا يكون مملوكاً لأحد يكون الناس في ذلك شركة في الاحتشاش والزعي، وليس لأحد أن يمنع إنساناً وهي كالشركة في ماء البحار.

والثاني: وهو أن يكون الكلأ في أرض مملوكة له نبت بنفسه لا بإنبات صاحب الأرض يكون الناس في ذلك شركاء حتى لو أخذه إنسان كان المأخوذ ملكاً له لكن لصاحب الأرض أن يمنعه من الدخول في أرضه إن كان المريد للكلأ يجد في أرض أخرى غير مملوكة لأحد قريبة من ذلك الأرض، وإن لم يجد يقدل لصاحب الأرض: إما أن تعطيه بيدل^(٦) أو تأذن له حتى يدخل [فيأخذ]^(٧) حقه. وكان الجواب فيه كالجواب فيمن أتى كرم إنسان وفي حوضه^(٨) ماء وأراد الدخول في كرمه ليأخذ الماء.

والثالث: أن يكون^(٩) الكلأ في أرض مملوكة له نبت بإنسان صاحب الأرض لا يكون لأحد أخذ ذلك بوجه لكن تبقى شبهة الشركة بظاهر الحديث.

وتفسيره الكلأ: ما يبسط على وجه الأرض ولا يكون له ساق، أما ما كان له ساق فهو شجر، فعلى هذا قالوا: الشوك الأحمر الذي يقال له بالفارسية: (خار فيلان) من الشجر لا من الكلأ؛ لأنه يقوم على ساق حتى لو نبت في أرض مملوكة لإنسان وجاء آخر وأخذه كات لصاحب الأرض أن يسترده منه، وكذا الشوك الأبيض؛ لأنه يقوم على ساق. أما الشوك الأخضر الذي تأكله الإبل، ويقال له بالفارسية: (خازوني) فيه روايتان؛ لأن الكلأ ما

- | | |
|--|-------------------|
| (١) في حجة: وجه. | (٦) في آء: ساقطة. |
| (٢) في حجة: ساقطة. | (٧) في حجة: بيده. |
| (٣) في حجة: ساقطة. | (٨) في آء: ساقطة. |
| (٤) في حجة: ساقطة. | (٩) في حجة: جوفه. |
| (٥) في حجة و حدة: يحز وفي آء: بعد وأنبشا ما في حجة و حدة: يكون، وفي آء كان، وإنسا الأول. | |
| في حجة و حدة. | |

ينبسط على وجه الأرض ولا يكون له ساق والشجر ما يقوم على ساق، وهذا النوع من الشوك منه ما ينبسط على وجه الأرض [ولا يكون له ساق]^(١) ومنه ما يقوم على الساق^(٢)، فعلى هذا قالوا: الشوس^(٣) من جملة الأشجار.

وأما الشركة في النار: على وجهين:

الأول: وهو أن [يكون قد]^(٤) أوقد ناراً في مفارقة فهذه النار مشتركة بينه وبين الناس، حتى لو جاء إنسان وأراد أن يستضيء بضوء النار أو يخييط ثوباً حول النار^(٥) أو يصطلي به في رمان، ليرد أو يتخذ منه سراجاً لا يكون لصاحب النار أن يمنعه، وإن أريد أن يأخذ شيئاً من الجمر^(٦)، فله أن يمنعه؛ لأنه ملكه.

والثاني: إذا أوقدنا ناراً في موضع مملوك له، فإن هذه النار مشتركة بينه وبين الناس لكن له أن يمنع الناس من الدخول في ملكه وليس له أن يمنعهم^(٧) من الانتفاع بالنار.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

ولو اشترى أرضاً فيها زرع بشربها^(٨) على أنه بالخيار ثلاثة أيام^(٩) فسقى منه فهو رضى منه؛ لأنه تصرف تصرف الملاك لا^(١٠) على وجه الاختيار، فيكون رضى بيطان الخيار دلالة ولو كان البائع بالخيار فهو نقض^(١١) منه؛ لأنه تصرف فيه تصرف الملاك، والبائع متى تصرف تصرف الملاك فيما باع على أنه بالخيار كان فسخاً منه للبيع دلالة. ولو سقى غنمه لم يكن منه دليلاً على الرضى من المشتري ولا على التقص من البائع؛ لأنه لم يتصرف تصرف الملاك، فإنه كان له السقي للشرب قبل الشراء من غير ملك. ولو اشترى بئراً على أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام فماتت فيها شاة أو فأرة فطهرها أو لم يطهرها لزم البيع؛ لأنه تعيب^(١٢) عند المشتري، وبعد التطهير يبقى نوع عيب؛ لأنه لا يطهر عند بعض العلماء بل تطم^(١٣) طمأ فتقل رغائب الناس فيه. والله تعالى أعلم.

- | | |
|---|------------------------------|
| (١) في «أ» و«ج». ساقطة، وهي في «د». | (٧) في «ج» و«د». يسع |
| (٢) في «ج»: وهذا النوع... على الساق: ساقطة. | (٨) في «ج» و«د»: اشتراها |
| (٣) في «ج» و«د»: الشوس، وفي «أ»: الشوك، وأتينا الأول. | (٩) في «ج»: ساقطة |
| (٤) في «أ». ساقطة. | (١٠) في «ج»: لا. ساقطة. |
| (٥) في «ج» و«د»: حتى لو جاء... ثوباً حول النار: (١١) في «ج»: نقص. | (١٢) في «ج»: تعيب وهو تصحيف. |
| (٦) في «د»: من جمره. | (١٣) في «ج»: تطم دون وجود بل |

كتاب الأشربة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فيما يحل شربه من الأشربة، وفيما لا يحل، وفيما يصير حلالاً بالعلاج، وفيما لا يصير^(٢)، وفيما يجوز التخليل وفيما لا يجوز، وفيما يجوز ترك الخمر حتى يصير خلأ وفيما لا يجوز.

الفصل الثاني: فيما يفسد الخل وفيما لا يفسد وفيما يجوز الانتفاع بالخمر بوجه من الوجوه وفيما لا يجوز، وفي حد السكران، ومعرفة، وفيما يوجب الحد وفيما لا يوجب، وفيما يطهر ما وقع في الخمر، وفيما لا^(٣) يطهر، وفيما يضمن إتلاف الأشربة وفيما لا يضمن.

الفصل الثالث: في المسائل المتفرقة.

(٣) في «ج»: لا - ساقطة.

(١) في «ج»: «و»؛ غير واردة.
(٢) في «ج»: بالعلاج وفيما لا يصير.

الفصل الأول

فيما يحل شربه وفيما لا يحل إلى آخره

الأعيان التي تتخذ منها الأشربة: العنب والتمر^(١) والزبيب والحبوب كالحنطة والشعير والدرة والإجاص وغير ذلك، ولا بأس بنبذ التمر والبسر والعسل والذرة، والحنطة والشعير والمرصاد.

ثم^(٢) الأشربة التي [تتخذ]^(٣) من الثمر ثلاثة أنواع:

المسكر: وهي^(٤) التي من ماء التمر، والنيء من ماء البسر المذيب، فما دام حلواً حلالاً شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم الباذق [وسنبين تفسير^(٥) الباذق]^(٦) وحكمه.

وأما التبيذ: فهو الشيء من ماء^(٧) التمر أو البسر المذيب إذا طبخ أدنى من طبخة فما دام حلواً حلالاً شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم المثلث. وسنبين تفسير المثلث وحكمه.

والأشربة التي تتخذ من الزبيب نوعان: نقيع، ونيذ.

والنقيع: أن يترك الزبيب في الماء حتى يستخرج الماء حلاوته فما دام حلواً فهو حلال شربه وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم^(٨) الباذق.

وأما التبيذ: فهو الشيء من ماء التمر^(٩) أو البسر المذيب^(١٠) إذا طبخ أدنى طبخة فما دام حلواً حلالاً شربه وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد فحكمه حكم المثلث.

وأما الأشربة التي تتخذ من الحبوب نوعان: نية ومطبوخ.

فالنبيء. ما دام حلواً فهو حلال شربه وإن غلا واشتد وقذف بالزبد على قول محمد رحمه الله تعالى: لا يحل شربه، وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله: [روايتان]^(١١).

وإن كان مطبوخاً أدنى طبخة، فإن كان حلواً فهو حلال شربه، وإن [كان]^(١٢) علا واشتد وقذف بالزبد، حل شربه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، واختلف

- | | | |
|--|--------------------------------------|---|
| (١) في «هـ»: ساقطة، وهي في «أ» و«ج». (٧) في «ج»: ساقطة | (٢) في «هـ»: و. | (٨) في «ج» و«د»: المثلث. . . . الباذق: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: زبيب. | (٩) في «ج»: زبيب. |
| (٤) في «ج» و«د»: وهو. | (١٠) في «ج»: أو البسر المذيب. ساقطة. | (١٠) في «ج»: أو البسر المذيب. ساقطة. |
| (٥) في «هـ»: ساقطة، وهي في «أ» و«ج». (١١) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «أ» و«د»: ساقطة. | (١٢) في «أ» و«د»: ساقطة. |

المتأخرون؟ على قول محمد رحمه الله تعالى، وهذا كله [فيما] ^(١) دون السكر.

أما السكر من كل الأشربة فحرام بالإجماع، فإن سكر منه حدّ لَمَّا نَبَّيْن، واختلف المشايخ فيه، فهم من قال: هذا منصرف إلى الكل، ومنهم من قال: لا بل منصرف إلى نبيذ التمر والبسر ^(٢) والزبيب، فأما نبيذ العسل [ونحوه] ^(٣) فلا يحدّ منه، وإن سكر، وهو الضحيح.

والأشربة التي تتخذ من العنب: ستة: الخمر، والباذق، والمنصف، والمثلث، والبختج، والجمهوري، والحميدي، ويسمى: أبا يوسف.

فأما [الخمر] ^(٤) فالنبيء ^(٥) من ماء العنب: إذا [غلا] ^(٦) واشتد وقذف بالزبد وصار أسفله أعلى وإن غلا واشتد ولم يقذف بالزبد فهذا ليس بخمر، وعند أبي حنيفة ^(٧) رحمه الله تعالى: يحل شربه وبيعه، [وهو] ^(٨) خمر. عندهما: لا يحل شربه ولا بيعه.

ومن حكم الخمر: أن من شرب منه قطرة يحدّ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَاجْلِدُوهُ».

والباذق: وهو النبيء من ماء العنب إذا طبخ أدنى طبخة، ومن حكمه: أنه حلال شربه ما دام حلواً، فإذا غلا واشتد وقذف بالزبد حرم قليله وكثيره، ولا يحدّ شربه ما لم يسكر منه.

والمنصف: هو الذي طبخ من ماء العنب حتى ذهب نصفه وبقي نصفه، وحكمه: أنه حلال شربه ما دام حلواً فإذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم قليله وكثيره، فكان حكمه وحكم الباذق سواء ^(٩).

والمثلث: [وهو] ^(١٠) النبيء من ماء العنب إذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه، وحكمه [أنه] ^(١١) ما دام حلواً فهو حلال شربه، وإذا غلا واشتد وقذف بالزبد؟ قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: يحل شربه ما دون [السكر] ^(١٢) لاستمرار الطعام والتفوي على طاعة الله تعالى. والثداوي لا للهو والطرب، وقال محمد رحمه الله تعالى: يحرم قليله وكثيره.

والبختج: وهو تفسير الحميدي.

والجمهوري: وهو أن يصب الماء في العصير ويطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيكون الذاهب من العصير أقل من الثلثين فيكون حكمه حكم ^(١٣) المنصف.

الحميدي: وهو أن يصب الماء على المثلث حتى يرق ويترك حتى يشتد فيكون

- | | |
|--|---------------------------|
| (١) في «أ» و«د»: ساقطة. | (٧) في «د»: عبد أبي يوسف. |
| (٢) في «ج» و«د»: البسر، وفي «أ»: العسل، وأثبتنا الأول. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «أ» و«د»: ساقطة. | (٩) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «د»: النبي. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| | (١٣) في «ج»: ساقطة. |

[حكمه]^(١) حكم المثلث، ويسقى هذا: أبا يوسف؛ لأن أبا يوسف كثيراً ما كان^(٢) يستعمل هذا، وهل يشترط لإباحته عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمة الله تعالى عليهما بعد صب الماء فيه أدنى طبخة؟ اختلف المتأخرون فيه، قال بعضهم: يشترط، وقال بعضهم: لا يشترط، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجوز بيع المنصف والمسكر، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز. هما رحمهما الله تعالى يقولان: هذا مانع^(٣) حرم شربه لنجاسة جاورته، فدل على أنه محرم العين وما يكون محرم العين لا يجوز بيعه كالخمر، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: حرمة الباذق دون حرمة الخمر؛ لأنه لا يفسق شاربها ولا يكفر مستحلها، ولو شرب قطرة منها لا يحد، فلا بد [من]^(٤) أن يظهر نقصان حرمتها عن^(٥) حرمة الخمر في حق الانتفاع بها فحرمتنا الانتفاع بها شرباً ولم نحرم فيما عد الشرب وإذا كان مطلق الانتفاع به كان محل البيع كالذهن إذا وقعت فيه فارة وماتت.

العصير إذا وضع في الشمس في الطشت حتى يذهب ثلثاه بحر الشمس ويبقى ثلثه فلا بأس بشربه وهو بمنزلة الطبخ: هكذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: وكذا لو أطلت الخاية بالخردل وجعل فيه العصير ومضى على ذلك مدة ولم يشتد وهو بحال لا يسكر فلا بأس به في قول أصحابنا رحمهم الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يحل شرب العصير وإن غلا ما لم يقذف بالزبد، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى إذا غلا^(٦) لم يحل شربه. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن الخمر^(٧) إنما حرم لشدته، وقد اشتد فصار خمرأ، وأبو حنيفة^(٨) رحمه الله تعالى يقول: إن الغليان من الحلاوة فما لم يسكن غليانه^(٩) كان بعض الحلاوة [باقياً] فلا يثبت اسم الخمر مع بقاء شيء من الحلاوة^(١٠) وإذا لم يثبت اسم الخمر لا يحرم الشرب.

وأما فيما يصير حلالاً بالعلاج وفيما لا يصير:

ولو طبخ العصير ولم يذهب ثلثاه ويزدوه [وتركوه]^(١١) وأعادوه إلى النار إن كان بعدما تركوه لو كن عصيراً يغلى بعد ذلك من غير نار فلا خير فيه، وإن كان لا يغلي فلا بأس به؛ لأنه في الوجه الأول: لم يبق عصيراً فلا يحل أكله^(١٢). وفي الوجه الثاني: بقي عصيراً فقد طبخ العصير حتى ذهب ثلثاه فيحل.

عشر دوارق من عصير صلب فيه عشرون دورقاً من الماء وطبخ لا يستقيم حتى يذهب منه ستة وعشرون [دورقاً]^(١٣) وثلثان ويبقى ثلثه^(١٤) وثلث؛ لأن الماء أسرع ذهاً من

- | | |
|------------------------------|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «أ»: و«د»: أبو حنيفة، وفي «أ»: أبو يوسف، والثلث الأول |
| (٢) في «أ»: و«د»: ساقطة. | (٩) في «أ»: يكون. |
| (٣) في «أ»: مانع. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: و«د»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: من. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: إذا غلا: ساقطة. | (١٣) في «أ»: و«د»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: إن الخمر: ساقطة. | (١٤) في «أ»: ثلاثة. |

العصير، وكذلك كل شيء أُلقي في العصير من العسل واللبن وغير ذلك.
وإذا قذف العصير بالزبد وغلا حرم شربه؛ لأنه خمر^(١) والخمر حرام بالإجماع، وإن طبخه بعد ذلك لم يحل؛ لأنه طسخه وهو خمر فكان المطبوخ حراماً، والطبخ لا يزيل الحرمة إنما يمنع بثبوت الحرمة.

وأما فيما يجوز التخليل وفيما لا يجوز:

الخمر إذا خللت تحل؛ لأنه محرم العين بصفة الخمرية وقد زال فتزول الحرمة.
رجل له خل فصب فيه^(٢) خمرأ، فقد أساء؛ لأنه حمل الخمر حرام عليه [فلا يفسد هكذا]^(٣).

روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال غيره: حمل الخمر للشرب حرام، أما للإصلاح فلا، فإن له أن ينقله من الظل إلى الشمس، وكذلك له أن يحضن البيضة تحت الذجاجة وآته يصير دماً والدم حرام بالنص.

وأما فيما يجوز ترك الخمر حتى يصير خلأ وفيما لا^(٤) يجوز:

[ولو أراد أن يتخذ العصير خلأ فلا بأس بتركه خمرأ إذا لم يتعمد بتركه خمرأ؛ لأنه لا يصير خلأ ما لم يصير خمرأ، فكان إمساك الخمر لضرورة صيرورته خلأ وذلك جائزاً]^(٥).

الفصل الثاني^(٦)

فيما يفسد الخل وفيما لا يفسد إلى آخره^(٧)

فطرة خمر وقعت في جرة ماء ثم صب الماء في حب الخل لا يفسد؛ لأن الكل صار خلأ.

وأما فيما يجوز الانتفاع بالخمر بوجه من الوجوه وفيما لا يجوز:

لا يحل^(٨) للإنسان أن ينظر إلى الخمر على وجه التلهي ولا أن يبيل به العبير ولا يسقيها الحيوان، وكذلك الميتة لا يجوز أن يطعمها الكلاب؛ لأن في جميع ذلك صرباً من الانتفاع بها والله تعالى حرم هذه الأشياء مطلقاً بعينها فكان الانتفاع بها محظوراً.

ولو خاف الهلاك على نفسه [حل]^(٩) له شرب الخمر ما يمكن عطشه، لأنه مصغر وجد حراماً تدفع به ضرورة فيباح [له]^(١٠) تناوله بقدر ما تدفع به ضرورته قياساً على الميتة

(١) في «ج»: حرام.	(٦) في «ج»: الفصل الثاني: ساقطة، وهي «أ» و«د».
(٢) في «ج»: به.	(٧) في «ج»: المبرون كله ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة.	(٨) في «ج»: لا يحل: ساقطة.
(٤) في «ج»: لا: ساقطة.	(٩) في «أ»: ساقطة.
(٥) في «أ»: ساقطة.	(١٠) في «أ»: ساقطة.

وإن أسكره ذلك القدر لا يحد؛ لأن السكر حصل بمسكر^(١) مباح،
وأما في حد السكر ومعرفته:

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: السكران من لا يعرف المرأة من الرجل، ولا الرجل من المرأة، ولا الليل من النهار، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: أن يكون كلامه مختلطاً لا يفهم كلامه يريدان به إذا كان غالب كلامه غير مستقيم. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إذا كان غالب كلامه غير مستقيم يسمى سكراناً عرفاً، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن السكران من ذهب عقله من كل وجه، [فأما]^(٢) إذا كان بعض كلامه مستقيماً لم يدم عقله من كل وجه وأسباب العقولة تراعى على أكمل الوجوه، وأتمها، وقال بعض المشايخ: حد السكران عندهما: أن يستقرأ: ﴿قُلْ يَأَيُّهَا الْكَافِرُونَ﴾، فإن عجز فهو سكران، وأما فيما يوجب الحد وما^(٣) لا بوجه:

رجل شرب تسعة أقداح من نبيذ، ولم يسكر، فأوجر بالعاشر، فسكر، لا حد عليه؛ لأن السكران يضاف إلى ما هو أقرب إليه كما في مسألة السقيبه وهو مكروه في ذلك.
ولو أوجر بتسعة ولم يسكر، فشرب العاشر فسكر عليه الحد؛ لأنه السكر حصل به يضاف إلى آخرها كما في مسألة السقيبه.

ولو استعط رجل بالخمير، أو اكتحل، أو داوى جرحاً، لم يحد؛ لأن بالاكتحال لم يصل الخمير إلى جوفه وبما سواه، وإن وصل، لكن لم يصل بطريق لم يستلذ^(٤) به، تمكن النقصان في جنايته.

ولو ادعى شارب خمر أو سكران أنه أكره عليه، حد؛ لأن الطواعية في الشرب مشهود بها، فإن الشهود لم يشهدوا أنه كان طائعاً في الشرب لا يقام عليه [الحد فلا يحوز أن تنتفي الطواعية بمجرد إنكاره كأصل الشرب، بخلاف ما لو شهد عليه أربعة بالزنا بامرأة، فادعى المشهود عليه أنه تزوجها، وستعلم الفرق.

الكافر إذا أسلم في دار الإسلام حين دخل دار الإسلام، ولم يعلم بحرمة الخمر، مشرب لم يحد؛ لأن حرمة الخمر إنما تثبت بالسمع، ولم يوجد لا حقيقة ولا حكماً، لأن شرب الأحكام في دار الإسلام إنما أقيم مقام السماع في حق إيجاب الحد إذا طال مكثه في دار الإسلام؛ لأن طول المكث سبب السماع غالباً، فيقام مقامه، ولم يوجد هنا.

ولا كذلك الذمي، وهذا بخلاف ما لو زنا أو سرق في دار الإسلام، وقال: لا أعلم بالحرمة، فإنه يحد؛ لأن الزنا والسرقة حرام في الأديان كلها، بخلاف الخمر.

ولو صبب خمرأ في ماء فوجد^(٥) طعمها، أو ريحها، أو تبين لونها فيه فشرب منه، حد، وإن لم يوجد ريحها، ولا طعمها، ولا لونها لا يحد؛ لأن في الوجه الأول: الماء

(١) في «ج» و«د»: بشرب.
(٢) في «أ» و«د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «ج» و«د»: وفيما.
(٤) في «د»: مستلذ.
(٥) في «د»: في ما يحد وهو تصبب.

معلوب بالخمير، فكان شارباً خمراً مازجه ماء، وفي الوجه الثاني: الحمر مستهلك، فكان شارباً ماء نجساً، ولو شرب دردي الخمر لم يحد ما لم يسكر منه، لأن الحد شرع راجعاً عما يرغب الإنسان فيه، والإنسان لا يرغب عادة إلى شرب الذردى، ولا يحد دمي لم شرب الخمر؛ لأن الشرب مباح له، ولو سكر يحد؛ لأن السكر حرام في الأديان أجمع^(١). وهذا في بعض الروايات، ذكر الصدر الشهيد: أنه يحد، وذكر في بعض المواضع. أنه لا يحد، وإن سكر، ولو^(٢) شرب البنج، فسكر لا يحد، ولو طلق امرأته لا يقع، ولو شرب شراباً حلواً، فلم يوافق طبعه فسكر، فطلق امرأته لا يقع، ولو أكره على الشرب، فشرب، فطلق امرأته يقع؛ لأنه وجد اللذة^(٣) والله تعالى أعلم.

وأما فيما يطهر ما وقع في الخمر وفيما لا يطهر:

خرقة أصابها خمير، ف وقعت في حل فلا بأس به وتطهر، وكذا الزغيف إذا خبز بخمر. فوقع في الخل^(٤) طهر أما إذا عجن وخبز لا يطهر [أبداً]^(٥) هكذا ذكر في فتاوى أهل سمرقند.

وأما فيما يضمن من إتلاف الأشربة وفيما لا يضمن:

مسلم له خمير في زق فشق رجل زقه، وسال لا يضمن الخمر بالإجماع، أما الزق: فلا يضمن أيضاً عند محمد رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يضمن، ولو كان الخمر في خابية في بيت رجل مسلم يريد أن يتخذها حلاً، فكسرها يضمن الخابية، ولو كان الحمر لمشرك في زق فشق زقه لا يضمن لا الخمر ولا الزق، في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى إذا جعلها ليشربها^(٦)؛ لأن فيه إظهار الفساد ونقض العهد. هكذا ذكر في «العيون».

ولو صب المسلم خمراً لدمي يضمن قيمتها إذا أنلفها من غير جنابة وجدت منه، وإن صب دمي خمير ضمن مثلها؛ لأن الخمر مال متقوم في حق الدمي، فكان استهلاكاً موجباً للمضمان. إلا أن المسلم عجز عن تملك المثل، فيصير^(٧) إلى^(٨) القيمة، والدمي قدر فلا يصار إلى القيمة.

الفصل الثالث

في المسائل المتفرقة

روي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فيما سوى الخمر من الأشربة المسكرة الفلتر^(٩) المسكر هو الحرام، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن قعد لطلب السكر، فالأول حرام، وإن قعد لا كذلك، فلا بأس به، وإن أراد الإكثار، ولم يرد السكر، فقد أساء في قعوده. والله تعالى أعلم.

- | | |
|---|--------------------|
| (١) في «د»: كلها. | (٦) في «د»: للشرب. |
| (٢) في «د»: وإن. | (٧) في «د»: مضار. |
| (٣) في «د»: السكر. | (٨) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: الخل، وفي «هـ» و«ج»: الخمر. وقد أثبتنا نصاً. ما في «د». | (٩) في «د»: القدح. |
| (٥) في «هـ» و«ج»: ساقطة. | |

كتاب الإكراه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على ثلاثة فصول:

الفصل الأول: فيما ينفذ من المكروه، وفيما لا ينفذ، وفيما يباح للمكروه أن يفعله، وفيما لا يباح.

الفصل الثاني: فيما يضمن المكروه، وفيما لا يضمن، وفيما يرجع على المكروه، وفيما لا يرجع، وفيما إذا^(٢) أكره على أحد الأمرين^(٣)، فيختار أهونهما^(٤).

الفصل الثالث: في المسائل المتفرقة.

(٣) في دة: الأمر.
(٤) في دة: أضعافا.

(١) في دة: غير واردة.
(٢) في دة: سابقة.

الفصل الأول

فيما ينفذ من المكروه، وفيما لا ينفذ إلى آخره

اعلم أن الإكراه جده جذ وهزله جذ ينفذ إن فعله المكروه عليه مثل النكاح، والطلاق، والعناق؛ لأن الغائث بالإكراه: الرضى، والرضى ليس بشرط لصحة هذه التصرفات. بدليل أنه لو نكح، أو طلق، أو أعتق هازلاً لا يصح^(١)، ولو أكره رجل^(٢) بقتل، أو جراحة، أو ضرب يخاف تلف نفسه، أو تلف عضوه على أن يقر الرجل بماله، لم يجز؛ لأن إقرار المكروه باطل؛ لأنه كذب؛ لأن الإقرار إخبار، والإخبار محتمل للصدق^(٣) والكذب، فقامت الطوعية مقام الصدق، وقام الإكراه مقام الكذب، ولو أكره بقاء أو حبس يوجب عما يتأ بهيئ يؤثر الإنسان مثل ذلك المال على^(٤) ما يلحقه على إقرار^(٥) لم يجز؛ لأنه إقرار المكروه [إقرار المكروه]^(٦) كذب فيكون باطلاً، فترق بين الإكراه على شرب الخمر وأكل الميت، وبين الإكراه على الإقرار، فإن الإكراه بالقيود والحبس في شرب الخمر وأكل الميت لم يكن إكراهًا، والفرق: أن إباحة شرب الخمر، وأكل الميت علققت بالضرورة، والضرورة أن يخاف التلف على نفسه، أو على عضو من أعضائه، ولم يوجد، وأما^(٧) صحة الإقرار معلق بالطوعية؛ لأن صحة الإقرار بالصدق والطوعية أقيمت مقام الصدق والإكراه، أقيم مفه الكذب وقد ثبت الكره، فكان الإقرار كذباً، ولو كره بحسن يوم، أو بقاء يوم، أو ضرب سوط على إقرار له بألف درهم، فأقر له جاز إقراره؛ لأنه إقرار طائع؛ لأن الإنسان لا ينتزه صرر ألف درهم بحسن يوم أو يومين، أو بقاء يوم أو يومين، فإن الرجل قد يقيم في السرور يوماً أو يومين، إما^(٨) للموافقة أو للاختيار، ولا يثقل عليه ذلك، وذكر الألف ليس بتقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى القاضي. من مشايخنا من قال: هذا إذا كان لرجل من أوساط الناس. أما إذا كان من الأشراف أو [من]^(٩) الأئمة، أو من كبار العلماء أو الرؤوس، بحيث يستنكف عن ضرب سوط أو حبس ساعة، لم يجز إقراره؛ لأن مثل هذا الرجل يؤثر ألف درهم على ما يلحقه من الهوان بهذا القدر من الحس والفقد فكان مكروهاً ولو أكره بقتل على إقراره بألف درهم فأقر بخمسائة لم يلزمه شيء؛ لأنه يقر.

(١) في «د»: صح،
(٢) في «د»: رجل، على أنه ناعل للفعل المبي للمجهول وهي «أ». منصوب على التعمية وتنت «أوب».
(٣) في «د»: يحتل الصدق. (٤) في «د»: عليه.
(٥) في «د»: ما يلحقه. (٦) في «د»: ما يلحقه.
(٧) في «د»: ساقطة، وهي زيادة في «د». (٨) في «د»: ما يلحقه.
(٩) في «د»: فإن الرجل... أو يومين إنا. ساقطة وهي في «أ»، (المضادة أسلاً).
(٩) في «د»: ساقطة.

مكروه^(١)، لأنه أقر ببعض ما أكره عليه، والإكراه على الشيء^(٢) يكون إكراهاً على جميع^(٣) أبعاضه، ومن المشايخ من قال: هذا قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: والضحيج أنه قول الكل، فارقوا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين الشهادة فإن الشهادة بألف لا تكون شهادة بخمسائة حتى لا يقضي بالخمسائة، والفرق: أن الإكراه على ألف^(٤) درهم صح من المكروه بشرائطه، فصح^(٥) ذكر الألف، فثبت خمسمائة في ضمنها إن لم يشترط مقصوداً، فكان المكروه على الألف مكروهاً على خمسمائة ضمناً إن لم يكن مقصوداً، فإن الشاهد بألف لم يشهد بخمسمائة لا مقصوداً ولا ضمناً للألف؛ لأن الألف لا تصير مشهوداً به موجباً للقضاء بشهادة الواحد حتى تصير الخمسمائة مشهوداً به موجب للقضاء ضمناً.

ولو أقر بالفين لزمه الألف، وبطلت^(٦) عنه الألف؛ لأنه أقر بما أكره عليه وزيادة، فكان في الزيادة طائعاً، وإقرار الطائع جائز، وإقرار المكروه لا. ومن المشايخ من قال: هذا أيضاً قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، والضحيج: أن هذا قول الكل، وفارقوا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى بين هذه^(٧) المسألة^(٨) وبين مسألة الشهادة، والفرق ما مر في المسألة الأولى^(٩).

ولو أقر بمائة دينار أو صنف آخر يلزمه؛ لأنه إقرار طائع. فرق بين هذا وبين البيع فإنه إذا أكره على البيع بألف درهم فباع بمائة دينار وقيمتها ألف درهم كان البيع باسداً. والفرق: أن الدراهم والدينارين جنسان مختلفان حقيقة ولم يجعلوا جنساً واحداً حكماً في حق الإقرار بوجه ما؛ لأن الإقرار بشهادة على نفسه وفي حق الشهادة لم يجعلوا جنساً واحداً حكماً. أما في حق البيع جعلوا جنساً واحداً حكماً في حق^(١٠) بعض الأحكام حتى إذا مر اشترى عبداً بألف درهم، ثم اشتراه ثانياً بدينارين قبل نقد الثمن أقل من ألف درهم لم يحز كما لو اشتراه بدراهم أقل من الثمن الأول فصار آتياً ببعض ما أكره عليه من وجه وهذا كإبقاء لإكراه.

ولو أقر له ولفلان بألف درهم، لم يلزمه شيء إذا صدقه فلان في الشركة وإن أنكر فلان شركته؟ لم يلزمه شيء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وقد محمد رحمه الله تعالى: يلزمه لفلان خمسمائة إذا^(١١) أنكر شركته. نظير الاختلاف فيما إذا أقر المريض للوارث وللأجنبي بالألف درهم، فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: الإقرار كله باطل صدقه [الأجنبي]^(١٢) في الشركة أو كذبه، وعند محمد: -.

(١) في «أ»: الشراء، وفي «د»: الشيء، وقد أثبتناها نصاً على ما تراه صواباً.

(٢) في «د»: مكروه. وفي «أ»: مكروهاً، وقد أثبتنا ما في «د».

(٣) في «د»: ساقطة. (٤) في «د»: ساقطة.

(٥) في «أ»: يصح. وفي «د»: فصيح وأثبتنا الأخيرة.

(٦) في «د»: هذا. (٨) في «د»: مشطوب عليها. (٩) في «د»: في المسألة الأولى. ساقطة.

(١٠) في «د»: ساقطة. (١١) في «د»: إن.

(١٢) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د».

صدقه فكذلك، وإن كذبه جاز الإقرار بحصته^(١)، والمسألة معروفة في كتاب الإقرار.

ولو أكره على أن يهب جاريته هذه لفلان، أو يهب ألف درهم لفلان كانت الهبة باطلة، إذا أكره على الهبة والتسليم؛ لأنه تصرف مكرهاً تصرفاً يحتمل الفسخ، فكان عدم الرضى بها مانعاً صحته.

ولو أكره على هبة جاريته لعبدائه، فوهبها له ولزيد جاز نصفها لزيد. ففرقوا بين هذه^(٢) وبين الإقرار لفلان^(٣) إذا صدقه فلان حيث لا يصح أصلاً والفرق: وهو أن الهبة بإيجاب مبتدأ للمحال لإثبات الشركة في المال^(٤) فكانت الشركة بينهما في الجارية متأخرة عن الإيجاب لا محالة؛ لأن الشركة إنما تثبت بثبوت الملك لهما [والملك لهما]^(٥) إنما يثبت بالتسليم بعد الإيجاب، وإذا تأخرت الشركة عن الإيجاب لم تفارق^(٦) الشركة الإيجاب^(٧) ليقع فاسداً في حق زيد بسبب الشركة لعبدائه، فصح الإيجاب لزيد، ولم يصح لعبدائه، فبعد ذلك إن ثبتت الشركة بأن سلم إليها فهذه الشركة طارئة على الإيجاب، فلا يطل الإيجاب، فأما الإقرار إخبار عن شركة كانت بينهما قبل الخبر فكان من شرط صحة الإخبار قيام المخبر عنه^(٨) وقت الإخبار، والمخبر عنه الألف المشتركة، فكانت الشركة قائمة وقت الإخبار، وقد فسد الإقرار في حق عبدائه فيفسد في حق زيد بسبب الشركة فيفسد الإقرار في حق الكل، فلو صح صح بنكذيب الأجنبي الشركة، ولا يجوز أن يصح؛ لأن الأجنبي بهذا التكذيب يريد إيجاب حق على^(٩) المقر لا على نفسه فلا يقدر، وإن كانت ألف درهم، لم يجز شيء منها لزيد في قولهم. لأنه تمكن الشيوع في حصة زيد؛ لأن التسليم إلى عبدائه مستحق التقض لمكان الإكراه فإن للمكره^(١٠) نقض ذلك^(١١) من غير قضاء ولا رضى فصار وجود هذا التسليم وعدمه بمنزلة.

ولو وهب الألف من اثنين وسلم خمسمائة إلى أحدهما لم يحز لمكان الشيوع^(١٢) فيما لا يحتمل القسمة بخلاف مسألة العبد؛ لأنه شيوع فيما لا يحتمل القسمة.

ولو أكره على بيع عبده بالعين فباعه بألف لم يجز؛ لأنه مكره لأنه خالف المكره إلى خير^(١٣) من جنس المأمور به، فكان خلافاً إلى خير فلا يعد خلافاً، ولو باع بأكثر جازاً لأنه خالف المكره إلى شر فيعد خلافاً^(١٤) وقد خالف لم يبق مكرهاً، فكان طائفاً، ولو

(١) في «د» لحصة بحرف اللام، والصحيح يعود على الأجنبي المصرح به في «د»
(٢) في «د» هذا. (٣) في «د»: ساقطة.
(٤) زيادة في «د»: وهي غير واردة في «أ»: فأنبتها.
(٥) في «د»: اتفاق وفي «أ»: تقارن، ولعل ما في «د» أصح ولذا أنبأنا.
(٦) في «د»: للإيجاب. (٨) في «د»: به.
(٩) في «د»: للمكره، وفي «أ»: المكره وقد أثبتنا الأول.
(١٠) في «د»: ذلك، وفي «أ»: زيد ولعل الأول هو الأصح ولذا عد أنبأنا متاً.
(١١) في «أ»: الشيوع، وفي «د»: الشيوع. ولعل هذا الأخير الضواب ولذا قد أنبأنا.
(١٢) في «د»: جس. (١٣) في «د»: إلى خير... فهذا خلافاً. ساقطة.

وهب جاز؛ لأنه خالف في جنس ما أكره عليه من كل وجه، فبعد خلافاً، وإن [كان] (١) خلافاً إلى خير في حق المكره.

ولو أكره على بيع عبد [ولم يسم الثمن] (٢) ولم يسم المشتري، فباع لم يحز؛ لأن مكره؛ لأنه أكرهه على البيع وأبهم المشتري والثمن فكل من يبيعه به بأي ثمن (٣) باع تناوله الإكراه، ولو أكره على بيع عبد بألف فباعه بعروض قيمتها (٤) أقل من الألف [أو مكيل] (٥) أو موزون جاز؛ لأن هذه الأشياء مع الدراهم جنسان مختلفان من كل وجه فلم يكن آتياً بما أكره عليه بوجه ما، فجاز، ولو باعه بدنائير قيمتها ألف لم يجر استحساناً. فرق بين البيع وبين الإقرار، والفرق: قد مر من قبل.

ولو أكرهت على أن تزوج رجلاً بألف (٦) ومهر مثلها أكثر جاز (٧) والزوج بالخيار إن شاء أنتم لها مهر مثلها، وإن شاء فارقها إن كان لم يدخل بها؛ لأن الزوج تلزمه زيادة مهر فبتخير.

ولو أكره بقتل أو حبس أو قيد أو ضرب على أن يتزوج امرأة على أكثر من مهر مثلها لم يلزمه إلا قدر مهر مثلها، والتكاح جائز. أما بطلان الزيادة؛ [فلأنها] (٨) لا تثبت بالنسبة، وأنها لا تصح إلا بالتراضي، وقد عدم.

ولو أكره على إبراء دين أو تسليم شفعة أو نحو ذلك لم يبرأ ولم تبطل شفعته، أما الإبراء؛ [فلأن الإبراء] (٩) تصرف لا يصح مع الهزل؛ لأنه تمليك مال [فلا يصح مع الإكراه، وأما تسليم الشفعة؛ فلأن تسليم الشفعة، تصرف لا يصح مع الهزل؛ لأنه تمليك مال] (١٠) بمال معنى لكنه يطل حقه؛ لأنه سكنت عن الطلب مختاراً، وإذا لم يصح التسليم مع الهزل لا يصح مع الإكراه.

ولو أكره على الكفر فكفر لم تحرم عليه امرأته إذا قال: أظهرت الكفر، وقلبي مطمئن بالإيمان؛ لأن الكفر إنما يكون سبب الفرقة بسبب (١١) الاعتقاد والاستخفاف (١٢)، فإذا أنكر الاعتقاد فقد أنكر سبب الفرقة فيكون القول: قوله مع يمينه كما لو ادعت المرأة الطلاق وأنكر الزوج، ولو أكره على الإسلام، فأسلم، ثم رجع إلى كفره (١٣) لم يقتل، ولكنه يحبس حتى يسلم ويرجع إلى الإسلام؛ لأنه يحتمل أنه اعتقد الإسلام حالة الإكراه، ويحتمل أنه لم يعتقد فاعتبرناه معتقداً في حق الجبر بالحبس؛ لأنه يشت بالشبهات ولا يعتبر معتقداً في حق الجبر بالقتل؛ لأنه مما يدرأ بالشبهات.

ولو أكرها على البيع (١٤) ولم يكرها على التقاض فتقاضى من غير إكراه، فهو بيع ناه

(١) هي «أ» ساقطة، وهي زيادة في «د». (٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: وقد أثبتنا.

(٣) هي «أ»: شيء وفي «د»: ثمن وقد أثبتنا الأخير. (٤) في «د»: قيمته.

(٥) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د». (٦) في «د»: ساقطة. (٧) في «د»: ساقطة.

(٨) في «د»: فلأنها. (٩) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د».

(١٠) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د». (١١) في «د»: شرط.

(١٢) في «د»: والاستخفاف، وفي «أ»: فالاستحقاق، وقد أثبتنا ما في «د» لصوابه.

(١٣) في «د»: كفره غير موجودة وهي في «أ» و «ج». (١٤) في «د»: بيع.

جائزاً لأن الإكراه على البيع لا يكون إكراهاً على القبض بخلاف الإكراه على الهبة، فكانا طائعين في القبض، وأنه دلالة إجازة البيع، وكذلك لو أجازا على القبض جاز؛ لأن البيع كان موقوفاً، فإذا أجازا أجاز.

ولو أكره على أن يخلع امرأته، وقد دخل بها على ألف درهم، ومهر^(١) مثلها^(٢) أربعة آلاف [درهم]^(٣) ولم تكره^(٤) المرأة جاز؛ وله ألف درهم. أما الجواز: فلأن الزوج مكره على إيقاع الطلاق، وطلاق المكره جائز بغير بدل فبدل أولى، وأما له ألف درهم: فلأنها طائفة في التزام البدل، فصح^(٥) ولا شيء للزوج على المكره.

ولو أكره المشتري على الشراء والقبض، ودفع الثمن، ولم يكره البائع فتقابضا ثم قال البائع^(٦) بعد ذلك: نقضت البيع لم ينتقض بقوله، والتقص إلى المشتري، ولو أكره البائع، ولم يكره المشتري، ثم التقيا، فقال البائع: نقضت انتقص، وإليه التقص دون المشتري، فهو لم يقبض العبد فأتيهما نقض انتقص، وأصل هذا أن كل بيع فسد بشرط البائع، أو شرط المشتري، ولم يقبض فأتيهما نقض انتقص، وإن كان مقبوضاً قبض الذي له الشرط، جاز نقصه، وإن نقض الذي له ليس له الشرط لم يجز نقصه، ولو كان أصل البيع فاسداً كما^(٧) إذا باعه بخمر فأتيهما نقض كان جائزاً مقبوضاً كان العبد أو غير مقبوض. أما قبل القبض: يملك كل واحد منهما التقص في جميع البياعات الفاسدة؛ لأن^(٨) القبض في البيع الفاسد بمنزلة القبول من حيث الحكم، فكان القبض رجوعاً عن الإيجاب أو امتناعاً عن القبول، وأنه مما يملكه كل واحد من المتبايعين فهو من غير قضاء ولا ضى [نكذا] ها، وأنا بعد القبض: إن كان الفساد لشرط فاسد شرط لأحدهما الملك المشروط له البعض من غير قضاء ولا رضى^(٩)، فلأنه ثبت للمشروط له خيار الفسخ بسبب الشرط، فكان بمعنى المشروط له الخيار، والمشروط له الخيار يملك الفسخ من غير قضاء ولا رضى، وأما الذي لم يشترط له الشرط: لم^(١٠) يملك التقص إلا بقضاء، أو برضى؛ لأن حق الفسخ ما ثبت له بسبب الشرط، ولا بعدم رضاه بالبيع أصلاً، وإنما ثبت حكماً بسبب الفساد بعد تمام العقد فأشبه خيار العيب بعد القبض، وبخيار العيب لا يملك الفسخ إلا بقضاء أو رضى^(١١)، وأما إذا كان الفساد بسبب البدل بأن باعه بخمر ملك كل واحد منهما التقص بعد القبض من غير قضاء ولا رضاه؛ لأن كل واحد منهما إذا حط من البدل. وأما الذي شرط له^(١٢) الخيار؛ فلأن له عين الخمر، وأما الآخر؛ فلأنه ملك المبيع^(١٣) لمزاته فكان

- | | |
|------------------------------------|---|
| (١) في ده: ومهرها. | (٨) في ده: ملان. |
| (٢) في ده: ساقطة. | (٩) في ده: ساقطة، وهي زيادة في ده. |
| (٣) في ده: ساقطة، وهي زيادة في ده. | (١٠) في ده: لا. |
| (٤) في ده: يكره. | (١١) في ده: لا بقضاء ولا رضاه. |
| (٥) في ده: فصيح. | (١٢) في ده: ساقطة. |
| (٦) في ده: للنازع. | (١٣) في ده: المبيع، وهي ده: المبيع والمنبت. |
| (٧) في ده: ساقطة. | الأول. |

كل واحد منهما إذا حط من ذلك، فكان بمنزلة ما لو كان الشرط الفاسد مشروطاً لهما.
ولو أكره رجلاً على أن يبيع متاع المكروه أو يشتري له، والآخر لم يكره حاز البيع، وإن كان أحد المتعاقدين مكرهاً، وهذا مما يوجب فساد البيع؛ لأن البيع إنما يفسد بكون أحد المتعاقدين مكرهاً إذا كان العاقد مالكاً [وهنا] ^(١) وكيل، وقد وجد الرضى من الموكل بزوال ملكه، ومن المشتري بالشراء فينعقد العقد بالتراضي والعهدة لا تلزم [الوكيل] ^(٢) المكروه إلا أن يتقاضى الثمن أو المتاع فتلزمه العهدة إذا تقاضى بعد الإكراه؛ لأن العهدة حق مرجعه إلى المال؛ لأنها تسليم المبيع أو انتقاد الثمن، وإكراه يمنع التزام المال فيسمع التزام العهدة، إلا إذا وجد الرضى بالمبيع دلالة في الانتهاء بأن تقاضى، فحيث تلزمه العهدة؛ لأن الرضى في الانتهاء كالرضى في الابتداء، ولو وجد الرضى في الابتداء تلزمه العهدة لوجود سبب وجود العهدة منه، فكذا إذا وجب في الانتهاء.

ولو أكره حتى جعل على نفسه صدقة أو صوماً أو حجة أو عمرة أو غزوة ^(٣) أو بدنة مما يتقرب به إلى الله تعالى فجعل لزمه كله مثل الطلاق، وكذلك لو أكره على اليمين فنحن لزمته الكفارة؛ لأن النذر واليمين تصرف لا يبطله الهزل، فلا يبطئه الإكراه كالطلاق والعناق.

وأما فيما يباح للمكروه أن يفعل، وفيما لا يباح:

ولو أكره رجل بقتل أو جراحة أو ضرب يخاف تلف نفسه، أو تلف عضو على شرب خمر أو شرب دم أو أكل ميتة أو لحم خنزير فهو في سعة من تعاطيه شرباً أو أكلًا؛ لأن الشرع أباح شرب الخمر ونحوها لدفع التلف عن نفسه [بالجوع والعطش فيباح أيضاً لدفع التلف عن نفسه بالإكراه ولما أبيع التحقت هذه الأشياء] ^(٤) بالأشياء المباحة، ومن امتنع عن أكل المباح حتى هلك كان آثماً فكذا هنا.

ولو أكره بقتل أو حبس لا يخاف فيه تلف نفس لم يحل له ذلك؛ لأن امتناع تناول هذه الأشياء مما لا يوجب تلف النفس، ولا تلف عضو من أعضائه، وإنما يوجب الغم والوحشة، وتناول المحرمات لا يحل لدفع الغم والوحشة. ألا ترى: أن بنفس الجوع إذا كان لا يخاف التلف، لا يباح تناول هذه الأشياء، وإن كان يلحقه الغم والوحشة والجوع، ولو أكره وخوف بالجوع لم يجز له أن يأكل الميتة ما لم يجع جوعاً يخاف على نفسه، وكذلك العطش. فرق بين هذا وبين إذا هدد بضرب [عدد] ^(٥) أسواط يخاف على نفسه أو يخاف على عضوه حيث يباح له تناول في الابتداء ولم يقل بأنه لا يتناول إلا أن يضرب ما يحتمله وجاع ^(٦) ما لم يحتمل وخاف على نفسه أو عضوه حينئذ يتناول، واختلف المشايخ فيه؟ من مشايخنا من قال: لا فرق بين المصائب؛ لأنه في الضرب إنما يباح له تناول

(١) في «أ»: ساقطة. (٤) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د». فأدرجناها
(٢) في «أ»: ساقطة. (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: غرراً. (٦) في «د»: رجماً.

الابتداء إذا وقع في رأيه أنه متى لم يطعمهم في الابتداء وأطاعهم متى خاف التلف على نفسه لا يتركون ضربه يترك طاعتهم الابتداء، وفي مسألتنا إنما لا يباح إذا وقع في رأيه أنه متى لم يطعمهم في الابتداء أو أطاعهم إذا جوعوه وجاء من الجوع ما يخاف على نفسه يتركون تجويعه، ومهم من فرق بين المسألتين، وموضع الفرق: «الميسوط». وما جاز له أكله في ذلك وسعه التكلم بكلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان لا فرق بين هذه الأشياء وبين إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان فيه مطمئن بالإيمان في حق الإكراه فما كان إكراهاً في حق هذه الأشياء كان إكراهاً في حق إجراء كلمة الكفر. وما لا فلا؛ لأن الله تبارك وتعالى كما أباح تناول الميتة حال الضرورة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُ إِلَيْهِ﴾^(١) أزال الجراح في إجراء كلمة الكفر إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان حالة الضرورة لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مِنْ أَضْرَةٍ وَقُلُّهُ مُطْلَقٌ بِالْإِيمَانِ﴾^(٢) والمراد منه: إكراه يوجب الضرورة؛ لأنها وردت في حق عمار بن ياسر رضي الله تعالى عنه، وكان أكره بالقتل، وهذا كله إذا وقع في نفسه أنه يوفون بما يهددون، وإن لم يقع في قلبه أنهم يوفون بما يوعدون لم يجز له شيء من ذلك كله؛ لأن هذه الأشياء إنما تباح لدفع التلف عن نفسه أو عضو من أعضائه، وهو لا يخاف ذلك إذا وقع في قلبه أنهم لا يوفون بما يوعدون.

ولو أكره بالقتل على الشرك وقلبه مطمئن بالإيمان، لم تبين امرأته لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه لم يكفر بالله عز وجل بالنص، ولو قال: خطر بآلي أن أقول لهم: كفرت بالله تعالى أريد به الخبر عما مضى، ولم أكن فعلت^(٣) بآنت امرأته في القضاء إذا قال: أردت به الخبر عن الماضي لا الإنشاء؛ لأنه أقر أنه عدل عما أكره عليه؛ لأنه^(٤) أكره على إنشاء الكفر، وقد أتى بالإخبار فجعل طائناً، ومن أقر بكفر ماضي طائناً، وقال: عنيت به الكذب صدق ديانة لا قضاء كذا هنا.

ولو قال: خطر على بالي ذلك، ولكنني قلت: كفرت بالله تعالى أريد به ما طنبوا بآنت امرأته في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه أنشأ كفراً طائناً؛ لأنه لنا حضر بيانه الإخبار بالكفر في الماضي كاذباً فقد أمكنه التخلص^(٥) عما أكره عليه بأقل ما أكره عليه. لأن الإخبار دون الإنشاء وقد أمكنه دفع الإكراه بالإخبار؛ لأنهم لا يسمون أنه أراد له الإخبار دون الإنشاء، فكان طائناً في الإنشاء بخلاف ما إذا لم يخطر بباله الإخبار بالكفر حيث لا يكفر لا في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأنه لا يمكنه دفع الإكراه إلا بعين ما أكره عليه فجعل مكرهاً والمكره على إنشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان بالنص.

وكذا لو أكره على^(٦) أن يصلي بهذا الصليب فخطر على قلبه أن يصلي لله تعالى فترك

(١) سورة الأنعام، آية: رقم (١٢٠).
(٢) سورة النحل، آية: رقم (١٠٦).
(٣) في قوله فعلته.
(٤) في قوله فعلته.
(٥) في قوله التخلص.
(٦) في قوله سقطت.

ذلك، وصلى للصليب، وأراد أن يأتى امرأته؛ لأنه صلى للصليب طائفاً، ولو لم يخطر بباله وصلى للصليب عما أكره لم تبن امرأته؛ لأنه^(١) فعل ذلك مكرهاً وقلبه مطمئن بالإيمان. وكذلك لو أكره على شتم محمد ﷺ، فخطر على باله نصراني يستقى محمداً؛ لأن شتم محمد ﷺ كفر كالصلاة للصليب^(٢).

ولو أكره على^(٣) أن يعتق عبده، فخطر بباله، فقال: هو حر يريد به الخير من الكذب، وسعه أن يمسه عبداً^(٤) فيما بينه وبين الله تعالى، وفي القضاء: لا يصدق. ولا ضمان على المكره؛ لأنه أقر أنه عدل عما أكره عليه، فكان طائفاً في الإقرار بالعق. ومن أقر بعق عبده طائفاً، ثم قال: عنيت به الكذب صدق ديانة لا قضاء. كذا هنا.

ولو أكره بقتل أو نحوه مما يخاف على نفسه التلف على أن يكفر بالله تعالى، أو يشتم محمداً ﷺ، أو يقتل فلاناً، أو يقطع يد إنسان، فلم يكفر ولم يشتم، ولم يقتل، ولم يقطع حتى قتل، أو قطع يد المكره، كان مأجوراً في ذلك، ولو كان ذلك في شرب خمر أو ده أو أكل ميتة أو لحم خنزير، فلم يفعل حتى قتل، فهو آثم، والفرق معروف.

والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فريضة: لقوله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ وَنَهْ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾^(٥) فإن خاف رجل إن أمر بقتله وسعه تركه، ولو لم يترك حتى قتل، فهو مأجور. لأن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فرض بالنص، ولم يرد نص بإسقاط هذا الفرص حالة الضرورة؛ فأشبهه من هذا الوجه الإكراه على ترك الصلاة في الوقت إن ترك كان في سعة، ولو لم يترك حتى قتل كان أفضل كذا هنا.

ولو أكره بقتل أو نحوه مما يخاف على نفسه التلف على أن يفترى على رجل أو يشتمه، ففعل فهو في سعة؛ لأن الافتراء على الناس دون الافتراء على الله تعالى، ولو أكره على أن يفترى على الله تعالى كان في سعة، فهنا أولى، ولو أكره فقيل له: لنقتلك أو لنقطع يدك^(٦) [على أن يقطع يد فلان]^(٧) فهو آثم إن قطع يده ويؤدب القاطع. أما الآثم، فلأن قطع يد الغير لا يباح بالإكراه، وأما التأديب؛ فلأنه باشر ما لا يباح في الدين، وليس على ذلك حد مشروع، ولو أكره بقتل أو ضرب يخاف منه التلف لضرره سوطاً أو بحلق^(٨) رأسه أو لحينه أو يحبس أو يقيد ففعل لم يكن آثماً إن شاء الله تعالى؛ لأنه يحيي نفسه بإدخال غم على غيره لا بإتلاف شيء منه، وله أن يحيي نفسه بإدخال غم على غيره، لا بإتلاف شيء منه^(٩). ألا ترى: أن له أن يتناول مال الغير بخير طيب من نفسه حالة المخصصة، وإن كان يدخل عليه غم^(١٠) إلا أنه قرنه بالاستثناء؛ لأن رخصة ذلك ثابتة بدلالة

(١) في «د»: ساقطة. (٦) في «د»: يدك. وفي «أ»: يده والمنيت ما في «د»

(٢) في «د»: إلى الصليب.

(٣) في «د»: ساقطة. (٧) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «د»: ساقطة. (٨) في «د»: أن يحلق.

(٥) في «د»: ساقطة. (٩) في «د»: لا بإدخال شيء منه: ساقطة.

(٦) سورة لقمان، جزء من آية رقم (١٦). (١٠) في «د»: غمّاً مصروباً على المعمولة.

النص، وهو دلالة نص المروخص لإجراء كلمة الكفر حالة الإكراه، والثابت بدلالة النص دون الثالث بالنص، ولهذا قرن بالاستثناء فكذا هنا ولو لم يعمل حتى قتل كان في سعة؛ لأنه لو أكره بوعيد تلف على إتلاف مال الغير فأبى حتى قتل كان في سعة، وكان مأجوراً شهيداً، وإن كان تصرفاً في مال الغير، وهذا أولى وهو تصرف^(١) في نفس الغير. ولو أكره فقيلاً له: لقتلتك؟ أو شيئاً يخاف منه التلف على أن يأخذ منه مال فلا يدفعه إلى المكره، فهو في سعة من أخذه، والضمان على المكره. أما الرخصة؛ فلأن مال الغير متى يستباح بضرورة المخمصة يستباح بالإكراه، وأما وجوب الضمان على المكره؛ لأنه صار آلة له في الأخذ؛ وهو يصلح آلة وإن أخذه^(٢) وإن أرسله ولم يكن من أعونه عليه أحد لم يسعه؛ لأن الإكراه قد زال وإنما يخاف عوده ثانياً، وبهذا لا يحل تناول مال الغير، وإن لم يأخذ ماله حتى قتل كان في سعة؛ لأن أخذ مال الغير ظلم، وحرمة الظلم من قبل ما لا يستباح بحال كالكفر، وفي الإكراه على إجراء كلمة الكفر إذا صبر حتى قتل كان مأجوراً، فكذا هنا، ولو أكره بحبس أو قيد أو ضرب لا يخاف منه تلفاً لم يسعه أخذ ماله؛ لأن تناول المحرمات لا يباح لدفع الغم، وإنما يباح لدفع الإتلاف. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الثاني

فيما يضمن المكره وفيما لا يضمن إلى آخره

ولو أكره على هبة جاريتة، فوهبها، وقبضها الموهوب له، وأعتقها، جاز، وضمن قيمتها، وكذلك لو دبرها، أو استولدها، وله أن يضمن الذي أكرهه قيمتها، وكذلك لو أكرهه على البيع والدفع [إليه]^(٣)؛ لأن هذا عقد تملك فاسد لفوات شرط الصحة، وهو الرضى، واتصل به القبض، فيفيد الملك، ومتى أفاد الملك، فهذه التصرفات صدرت من المالك في المملوك فنقضت، وهذه التصرفات متى نفذت لا تحتل النقض، فصار المكره عاجزاً عن الوصول إلى عين حقه، فكان له نصيب القيمة إن شاء اختار المكره يوم سلم، وإن شاء اختار الموهوب له، والمشتري يوم قبض، وإن شاء ضمنها يوم أعتق. أما التخيير بين نصيب المكره والموهوب له والمشتري؛ فلأن كل واحد منهم أحدث سبب الضمان في حقه. أما المكره؛ فلأنه أزال يده عن ماله بغير إذنه؛ لأن تسليم [المكره]^(٤) منقول إلى المكره. وأما الموهوب له أو المشتري؛ فلأنه أحدث سبب الضمان أحدهما. القبض بغير إذنه، والثاني: إتلاف حقه بغير إذنه بالإعتاق وهو حق الاسترداد.

ولو باع الموهوب له أو المشتري من رجل أو وهب أو تصدق كان للمولى أن يفسخ هذا

(٣) في «أ» ساقطة، وفي «ب» «د».

(٤) في «أ» ساقطة، وفي «ب» «د».

(١) في «د»: وهو تصرف ساقطة.

(٢) في «د»: وإن أخذه: ساقطة.

كله. فرق بين هذا وبين المشتري شراء فاسداً والموهوب له هبة فاسدة إذا تصرف فيه هذه التصرفات حيث لا ينقض، والفرق: أن تصرفات المشتري شراء فاسداً والموهوب له هبة فاسدة حصلت بتسليم صحيح من جهة المالك؛ لأنه لما ملك وهو طائع يصح^(١) التسليم. فلم يكن للمالك نقض هذه التصرفات. وأما هنا لم يوجد من المكره تسليم، ولو وجد فهذا التسليم فاسد؛ لأنه حصل بغير رضاه، فكان له النقص، ولو أكره على عتق عبده، فأعتقه جاز، والولاء للمعتق؛ لأنه هو المعتق، ويضمن المكره قيمته؛ لأن الإعتاق صار منقولا إلى المكره من حيث إنه إتلاف لا من حيث إنه إثبات العتق والإتلاف سبب^(٢) الضمان.

ولو أكره على الطلاق [قبل الدخول]^(٣) ولم يدخل بها ضمن الزوج نصف المهر، ويرجع عليه، وكذلك المتعة، لأن المكره بالإكراه على الطلاق قبل الدخول أكد عليه. كان على شرف السقوط فإنه متى جاءت الفرقة من قبلها يسقط المهر والمتعة كلها، وللتأكد حكم الإيجاب، فصار كأنه أوجبه، وصار كما إذا شهد على الطلاق قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر والمتعة إن لم يكن في النكاح تسمية.

ولو أكره بقتل أو قطع أو نحوه على استهلاك مال بجهة من الجهات ففعل ضمن المكره؛ لأن حكم الإكراه بوعيد تلف يجعل المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة وهو في حق الإتلاف يصلح آلة.

ولو أكره على ذلك بقيد أو حيس لم يضمن؛ لأنه انعدم الإكراه بوعيد التلف فلا يجعل المكره آلة للمكره.

ولو أكره على أن يأكل طعامه أو يلبس ثوبه لم يضمن؛ لأن منفعة ذلك حصلت له، كان إتلافاً بعوض، ومثل هذا الإتلاف لا يوجب الضمان. قالوا: هذا إذا كان الرجل جائعاً يحتاج إلى الطعام. أما إذا كان شبعاناً لا يحتاج وأضره^(٤) الأكل ضمن المكره الطعام ويقضيان ما لحقه من الضرر^(٥)؛ لأن هذا إتلاف بغير عوض.

ولو أكره بقطع أو قتل أو ضرب يخاف منه التلف بدفع^(٦) ماله إلى رجل وديعة، وأكره المستودع على قبضه وديعة فقبضه، ثم هلك لم يضمن المستودع، والضمان على المكره؛ لأن فعل المستودع صار منقولا إلى المكره، فصار كأن المكره قبض^(٧) ماله بغير إذنه، ووضع عند غيره، ولم يوجد من ذلك الغير صنع، ولو كان كذلك لم يجب على ذلك الغير ضمان. كذا هنا. وكذلك^(٨) لو أكره على قبضه ليدفعه إلى المكره، فهلك في يده لم يضمن القابض والضمان على المكره لما قلنا في المسألة الأولى.

ولو أكره على الهبة وأكره القابض على القبض والقبول، فهلك في يده، لم يضمن إن

(١) في «د»: يصح.
(٢) في «د»: بشت.
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د».
(٤) في «د»: وأمره.
(٥) في «د»: الضمان.
(٦) في «د»: أو دفع.
(٧) في «د»: قبل.
(٨) في «د»: ساقطة.

قال قبضته لأردّه على صاحبه، وحلف على ذلك فهذه المسألة على وجهين: أما إن قال الموهوب له: قبضته فيكون سالماً لي بحكم الهبة، أو قال: قبضته لأردّه على صاحبه.

ففي الوجه الأول: للواهب خيار إن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن المكره، لأن المكره لا حاجة له في دفع الإكراه إلى هذا الاعتقاد أنه يعتدّ أنه يقبضه^(١) ليكون سالماً له بحكم الهبة، فإذا اعتقد فقد عدل عن الإكراه، فصار فعله مقصوراً عليه، لكن من حيث إنه أخذ لنفسه، لأنه إنما [صار]^(٢) أخذاً لنفسه باعتقاده، وفي حق^(٣) الاعتقاد لا يصلح آلة له، فاعتبر القبض من حيث إنه أخذ لنفسه [وقبض الهبة لنفسه]^(٤) مقصوراً عليه، ومن حيث إنه مزيل يد الواهب منقولاً إلى المكره؛ لأنه يصلح آلة للمكره في حق إزالة اليد، فصار كل واحد منهما مباشراً بسبب^(٥) الضمان، فكان لصاحب المال خيار.

وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: إما أن صدقه صاحب المال على ذلك، أو كذبه وقال: لا بل قبضته لنفسك، ففي القسم الأول: لا ضمان على المكره، وفي القسم الثاني: ينظر إن أمكن للموهوب له التكلم [بهذا]^(٦) وقت الإكراه بأن كان لا يخاف على نفسه القتل متى تكلم بهذا بأن كان يعد^(٧) منه، أو لا يمكنه التكلم بهذا فإن أمكنه ولم يتكلم لا يصدق، ويكون ضامناً، وإن لم يمكنه يصدق مع اليمين، ولا ضمان عليه؛ لأن القبض في الظاهر كان واقعاً للموهوب له؛ لأنه قبضه للتمليك^(٨) فإنه قبضه على سبيل الهبة، وقبض الهبة قبض تملك^(٩) فإذا كان في الظاهر واقعاً للموهوب له لا يصدق في دعواه أنه قبضه للمالك من غير بيان حالة الإمكان على البيان، ويصدق على^(١٠) عدم الإمكان.

ولو أكره على أن يجعل أمر امرأته بيد رجل في طلاقها، ولم يدخل بها، أو يجعل عتق عبده بيد رجل فأعتق الذي جعل أمر [امرأته]^(١١) بيده وطلق امرأته غير مكره ضمن المكره نصف المهر للزوج وقيمة العبد لمولاهما استحساناً؛ لأن التفويض تملك حقيقة يمين معنى؛ لأن معنى اليمين أن يصير الطلاق والعتق معلقاً بوجود فعل في المستقبل على وجه لا يمكن لصاحبه الرجوع والفسخ^(١٢)، وقد وجد والعمل بهما لا يمكن لثنائهما بينهما في الحكم، فكان العمل بمعنى اليمين في حق المكره أولى^(١٣)؛ لأنه ظالم ابتداء وانتهاء، فصار كأن المكره أكره الزوج أو المولى بوعيد تلف على أن يقول: إن شاء فلان فأنت طالق، وأنت حرّ، ولو نصّ على هذا ضمن المكره كذا هنا.

ولو أكره على أن يحلف بعتق كل مملوك يملكه، فحلف ثم ملك بيع أو هبة أو وصية أو

- | | |
|--------------------------------------|---------------------------------|
| (١) في «د»: قبض. | (٨) في «د»: التملك. |
| (٢) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د». | (٩) في «د»: التملك. |
| (٣) في «د»: حق، غير واردة. | (١٠) في «د»: عتق. |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د». | (١١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «د»: يشت. | (١٢) في «د»: الفسخ وهو تصحيف. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «د»: أولاً. |
| (٧) في «د»: يند. | |

نحو ذلك عتق، ولا يضمن المكره شيئاً؛ لأن هذا ليس بإكراه على العتق؛ لأن الإكراه على العتق إنما يتحقق إذا لم يكن للمكره إمكان الدفع إلا بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، وهذا يمكن بأن لا يشتري ولا يقبل الهبة ولا الوصية، فكان هذا بمرلة يمين طائع معني لا يمين مكره. ولو ورث ضمن المكره قيمته استحقاقاً؛ لأن الإكراه على اليمين قد تحقق؛ لأنه لم يبق للمكره إمكان الدفع؛ لأنه يرث شيء أو أبي، وإذا تحقق الإكراه على اليمين والعتق مضافاً إليه لا إلى الشرط، فكان هذا إكراهاً على العتق فيضمن المكره ولو أكرهه في ذلك بحبس أو قيد^(١) لا يضمن المكره^(٢) قيمته؛ لأن الإكراه بما يوجب الغم لا يعتبر في حق الإتلاف.

ولو أكرهه حتى يقول للعبد: إن شئت فأنت حر أو قال لامرأته: إن شئت فأنت طالق، فشاء العبد عتق والمرأة طلقت، وضمن المكره قيمته ونصف المهر؛ لأنه يمين مكره^(٣) بالعتق والطلاق قبل الدخول والعتق مضاف إلى اليمين، فكان هذا إكراهاً على العتق والطلاق قبل الدخول.

ولو أكرهه على أن يقول ما لا بد له منه: مثل قوله: إن أكلت أو شربت أو صمت صباه رمضان [ففعّل]^(٤) ضمن المكره قيمته؛ لأنه ليس للمكره إمكان دفع ما أكره عليه إلا بضرر يلحقه في نفسه متى ترك الأكل والشرب أو فريضة من الفرائض، وإن كان في شيء له منه بد مثل قوله: تقاضيت ديني على فلان، أو أكلت صنف كذا من الطعام، ودخلت دار فلان، فأكرهه بقتل أو قطع أو نحوه، لم يضمن المكره. أما فيما عدا تقاضي الدين؛ فلأنه أمكنه دفع هذه الإكراه من غير ضرر يلحقه في نفسه أو ماله. وأما في تقاضي الدين؛ فلأنه لا يخاف على نفسه وماله لو ترك التقاضي؛ لأنه لا يزول ملكه لكن يدخله الغم. فصار كأنه أكرهه على إيجاد^(٥) الشرط بما يوجب الغم وهو الحبس والتقيّد، ولو كان كذلك لا يضمن المكره.

ولو وجب عليه صدقه مال بعينه أو عتق عبد بعينه أو أضحية أو صدقة فطر، فأكرهه على تنفيذه لم يضمن المكره؛ لأنه أكرهه على أداء ما هو واجب^(٦) عليه، ولو أوجب على نفسه هدياً فأكرهه^(٧) على أن ينحر بدنة ضمن المكره، ولا يجزئه؛ لأنه كان يمكنه أن يهدي أقل الأنواع الثلاثة من الهدى، وهو الغنم، فالزيادة يضمنها المكره، ولو أكرهه على أن يذبح شاة لم يضمن وجاز عنه؛ لأنه أكرهه على أداء ما هو واجب عليه، ولو أوجب على نفسه أن يتصدق بثوب هروي، فأكرهه حتى يتصدق بثوب بعينه، وهو أدنى الجنس من الهروي في القيمة أحزاه، ولا^(٨) يضمن المكره؛ لأنه أكرهه على أداء ما هو واجب عليه، وإن كان غيره أقل قيمة منه يضمن^(٩) الفضل، وجاز عنه. أما ضمان المكره الفضل؛ لأن

- | | |
|------------------------------|--------------------|
| (١) في دد: أو قتل. | (٦) في دد: اتحاد. |
| (٢) في دد: لم. | (٧) في دد: ما وجب. |
| (٣) في دد: ساقطة. | (٨) في دد: فأكرهه. |
| (٤) في دد: المكره. | (٩) في دد: ولم. |
| (٥) في دد: ساقطة، وهي في دد. | (١٠) في دد: ضمن. |

المكروه صار متصدقاً ببعض الثوب في الانتهاء.

ولو تصدق ببعض الثوب في الابتداء بأن تصدق بنصف ثوب جيد يساوي قيمته قيمة ثوب وسط يجزئه، فكذا إذا صار متصدقاً ببعض الثوب في الانتهاء، فصار مؤدياً الواجب ببعض الثوب، فلا يضمن المكروه بقدره، ويضمن ما زاد^(١) عليه^(٢).

وأما فيما يرجع المكروه على المكروه، وفيما لا يرجع:

ولو أكره البائع على البيع والتسليم وأكره المشتري على الشراء والتفقد والقبض، وقال: قضا على تسليم لنا أو قال: قبضنا^(٣) على أن نرده.

ففي الوجه الأول: البيع جائز؛ لأن كل واحد منهما طائع في هذا القبض؛ لأنه لا حاجة لكل واحد منهما لدفع الإكراه على^(٤) قبض التملك^(٥) فإذا قبض للتملك^(٦)، فقد عدل عن الإكراه، فصار كل واحد منهما طائعاً في القبض، والمكروه على البيع إذا قبض طائعاً كان ذلك إجازة منه للبيع.

وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: إما أن صدق كل واحد منهما صاحبه على هذا أو كذبه^(٧).

ففي القسم الأول: لا يمين على كل واحد منهما، ولا ضمان، وإثماً^(٨) الضمان على المكروه.

وفي القسم الثاني: إن أمكن لكل واحد منهما التكلم بهذا لا يصدق كل واحد منهما وإن لم يمكن التكلم صدق كل واحد منهما مع اليمين، فإذا حلف^(٩) على ذلك لم يضمن، والضمان على المكروه، وإذا حلف أحدهما لم يضمن [الحالف] وضمن^(١٠) الذي لم يحلف؛ لأن الحالف لم يثبت قبضه لنفسه، فلا يضمن لصاحبه، والتاكل ثبت قبضه لنفسه فيضمن لصاحبه، فإن كان المشتري لم يحلف فضمنه البائع قيمة عبده لم يرجع بثمنه على أحد؛ لأنه لما نكل^(١١) فقد أقر أنه أجاز الشراء ودفع الثمن طائعاً، فلا يرجع على أحد، وإن كان البائع لم يحلف لم يرجع بقيمة عبده على أحد، لأنه أقر أنه أجاز البيع ودفع العبد إليه طائعاً، وللمشتري أن يرجع بثمنه إن شاء على البائع وإن شاء على المكروه. أما البائع؛ فلأنه أقر أنه قبض الثمن لنفسه، فصار ضامناً للمشتري، وأما المكروه، فلأن المكروه أرا أن يده عن الثمن بغير عوض حصل له فإن المشتري لم يقص العبد ليسلم العبد له، وإثماً قصه ليرده على البائع، فصار كأنه لم يقبض العبد^(١٢) المكروه، فإن ضمن البائع لم يرجع على المكروه؛ لأنه ملك المضمون، وقد هلك في يده فلا يرجع بما ضمن على المكروه، وإن

(١) في «د»: رادوا. (٢) في «د»: ساقطة. (٣) في «د»: على تسليم لنا أو قال قضا. ساقطة

(٤) في «د»: إلى. (٥) في «د»: التملك. (٦) في «د»: للتملك.

(٧) في «د»: كذب. (٨) في «د»: أنا. (٩) في «د»: حلف.

(١٠) في «د»: ساقطة. (١١) في «د»: ملك.

(١٢) في «د»: ليسلم العبد له. . . . لم يقبض العبد: ساقطة

ضمن المكره رجوع على البائع بما ضمن، لأن المكره ملك لمصمون ولم يصح إيدمه بالقبض والبيع [لأن إيدمه بالقبض والبيع]^(١) كان قبل ملكه فلم يصح.

ولو حلف رجل، وقال: إن ملكت فلاناً، فهو حر، فأكرهه على شرائه وقبضه بأكثر من قيمته عتق، وضمن قيمته، ولم يرجع بقيمته على المكره، أما العتق؛ فلأنه شرط الحث قد وجد وأبعد في ملكه، وأما ضمان القيمة؛ فلأنه ملكه بحكم شراء فاسد^(٢) فكان مضموناً عنه بالقيمة، وأما عدم الرجوع على المكره؛ فلأنه لو رجع إنما يرجع بسبب [الشراء أو بسبب] العتق. لا وجه إلى الأول؛ لأنه بالشراء إن زال عن ملكه ألف فقد دخل في ملكه ألف، ولا وجه إلى الثاني؛ لأن العتق حصل باليمين وهو ما أكرهه على اليمين [وكذلك]^(٣) لو أكرهه على شراء ذي رحم محرم منه؛ لأنه لو رجع رجع^(٤) بالشراء أو بالعتق. لا وجه إلى الأول لما قد، ولا وجه إلى الثاني، وإن أكرهه على الإعتاق؛ لأنه أكرهه على شراء القريب؛ لأن^(٥) شر، القريب إعتاق، لأنه أكرهه على إقامة فرض؛ لأن شراء القريب إن يكن فرضاً في الابتداء بصير فرضاً في الانتهاء لما فيه من صلة القريب بتخليصه من ذل الرق، والمكره على إقامة فرض ليس له أن يضمن المكره كمن أكرهه^(٦) على إعتاق رقبة من ظهار.

وكذلك لو أكرهه على أن يزوج امرأة حلف بطلاقها ضمن نصف المهر، ولم يرجع به على المكره؛ لأنه لو رجع إما أن يرجع بالنكاح أو بالطلاق، وكل واحد منهما ممتنع لما قلنا في شراء المحلوف بعتقه.

ولو أكرهه على أن يكفر كفارة اليمين أو كفارة^(٧) الظهار أو غير ذلك، وقد لزمته، فكفر لم يرجع على المكره؛ لأنه أكرهه على إقامة مأمور واجب عليه، فلا يضمن المكره [لو أكرهه]^(٨) على أن يعتق عبداً له بعينه عن ظهار أو بقتل أو قطع أو نحوه، فأعتق ضمن المكره، ولم يجز عن الكفارة ويرجع [عليه]^(٩) إذا لم يكن العبد أحسن العبد وأدون قيمته بحيث لا يكون أحسن منه ولا أدون قيمة؛ لأن الواجب على المظاهر أن يعتق رقبة أحسن وأدون قيمة من هذه. فإذا أكرهه على إعتاق هذه صار مكرهاً على إعتاق هذه الزيادة، وإنه غير واجب عليه فلزمه ضمان تلك الزيادة فلم يجز عتق تلك الزيادة عن الكفارة، فلا يجوز عتق الباقي؛ لأن الواجب عليه إعتاق رقبة كاملة، فصار مكرهاً على إعتاق غير ما هو واجب عليه فيضمن قيمة العبد كله ولم يجز عن الكفارة، إلا إذا قال: أعتقت بغير إكره؛ لأنه أقر أنه أعتق طائعاً.

ولو قال: لم يخطر ببالي غير الإكراه لم يجز عن الكفارة؛ لأنه إذا لم يخطر ببالي غير

- | | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقط، وهي في «د». | (٦) في «د»: أو، وقد أثنىها. |
| (٢) في «د»: شراء فاسد. | (٧) في «د»: أكره. |
| (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «د»: وكفارة بدون أو. |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «د»: لرجع. | (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |

الإكراه لم يوجد منه ما يوجب العدول عن الإكراه، فكان هذا إعتاق المكره.

ولو أكرهه بقتل على أن يوكل رجلاً ببيع عبده من رجل لم يكره، ففعل، للمولى أن يضمن الوكيل والمشتري والمكره. أما الوكيل؛ فلائه قبضهما له وسلمه إلى غيره^(١) بغير إذنه^(٢)، وأما المشتري؛ فلائه قبض ماله^(٣) بنفسه بغير إذنه، وأما المكره؛ فلأن دفع المولى صار مقولاً إلى المكره، والوكيل يرجع على المشتري بما ضمن؛ لأن الوكيل ملك العبد بالضممان من جهة المولى والبيع لم ينفذ عليه لما نيين، فكان له أن يأخذه لو كان قائماً وإذا كان هالِكاً له أن يأخذ قيمته؛ لأن المشتري قبضه لنفسه، وإن رجع المشتري بعد هلاك العبد لم يرجع على أحد بما ضمن من القيمة؛ لأنه ملك العبد بالضممان وقد هلك في يده فلا يرجع بما^(٤) ضمن من القيمة على أحد فأما يرجع بالثمن على الوكيل إن كان قد دفع الثمن إليه؛ لأن العبد استحق من يده؛ لأن أخذ القيمة^(٥) كأخذ العبد، فإن رجع على المكره رجع على أيهما شاء. أما المشتري؛ لأن المكره ملك العبد بالضممان من جهة^(٦) المولى، ولم ينفذ بيع الوكيل عليه، فلو كان العبد قائماً في يد المشتري أخذه، فإذا هلك في يده أخذ قيمته، وأما على الوكيل؛ لأن الوكيل باع ملكه وسلم^(٧) بغير إذنه؛ لأن الإذن بالبيع والتسليم كان سابقاً على ملكه، فلم يصح [ولا يصح]^(٨) البيع إذا اختار المولى تضمين الوكيل قيمته. فرق بين هذا وبين الغاصب إذا باع ثم ضمنه^(٩) المالك حيث ينفذ بيعه، والفرق: أن ملك الوكيل إن ثبت سابقاً على البيع؛ لأنه ثبت من حين القبض إلا أنه بيع العبد للمكره لا لنفسه [لأنه قبضه للمكره]^(١٠) فما يبتنى على هذا القبض من البيع يعتبر واقعاً للمكره لا للوكيل، فصار بائعاً^(١١) للمكره لا لنفسه، فلم يجز أن ينفذ عليه، فأما الغاصب؛ باعه لنفسه؛ [لأنه قبضه لنفسه]^(١٢) فما يبتنى على هذا القبض من البيع يعتبر واقعاً له^(١٣) فحاز أن ينفذ عليه.

وأما فيما أكره على أحد الأمرين فيختار أهونهما:

ولو أكره بقتل على قطع يد نفسه أو يطرح نفسه من فوق البيت [أو]^(١٤) في ماء أو في نار، فيها هنا خمس مسائل:

المسألة الأولى^(١٥): إذا قال: لئقتلنك أو لتقطعن يدك [فهو]^(١٦) في سعة من ذلك إدفع؛ لأنه قطع لخوف الهلاك على نفسه [ويباح قطع اليد لخوف الهلاك على نفسه]^(١٧)

(٢) في «د»: أمره

(١) في «د»: قبض ماله وسلمه إلى غيره.

(٣) في «أ»: ما لم. وفي «د»: ماله، وقد أثبتنا الأخيرة في النص.

(٤) في «د»: فلا يرجع بها: غير واردة ويوجد فراغ مكان الكسبتين.

(٥) في «د»: من يده؛ لأن أخذ القيمة: ساقطة. (٦) في «د»: العبد بالضممان من جهة ساقطة.

(٧) في «د»: وسلمه. (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: (٩) في «د»: ضمن.

(١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: (١١) في «د»: تابعاً. (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»:

(١٣) في «د»: ساقطة. (١٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: (١٥) في «د»: إجماعاً.

(١٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: (١٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

ألا ترى أنه لو اطلع^(١) في يده أكمة يساح له قطع اليد إذا خاف الهلاك على نفسه متى لم يقطع. كذا هنا، وهذا؛ لأنه انتلي بيليتين: إما القتل أو القطع فيختار أهوبهما، فإذا قطع وجب القصاص على المكره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، [وفي قول أبي يوسف^(٢)]: لا يجب ويجب نصف الدية في ماله في سنتين ثلثي^(٣) ذلك في سنة وثله^(٤) في سنة أخرى.

والمسألة الثانية: إذا قال: لنقتلنك أو لنقتلن نفسك بالسيف لم يسعه أن يقتل نفسه؛ لأنه باشر القتل المتحقق لدفع القتل الموهوم [والقتل الموهوم]^(٥) دون القتل المتحقق. والمبلى بين شرين يختار أهونهما، فإن قتل كان آثماً ولم يكن على المكره شيء؛ لأن الإكراه إذا^(٦) وجد حقيقة لم يوجد حكماً؛ لأن تفسير الإكراه أن يدعى المكره إلى شئين من جهة من يصح منه الإكراه متى أتى بأحدهما يدفع عن نفسه ضرراً أعظم منه ولم يوجد هذا المعنى فلم يكن هذا إكراهاً.

والمسألة الثالثة: إذا قال: لنقتلنك أو لتلقي^(٧) بنفسك في النار [غداً]^(٨) فهذا على وجهين: إما أن كان يرجو الخلاص متى ألقى بأن كان لا يحترق جميع بدنه، أو لا يرجو.

ففي الوجه الأول: هو في سعة من ذلك؛ لأنه بمنزلة المسألة الأولى، فإن طرح نفسه في النار، ومات وجب القصاص على المكره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وفي قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: تجب الدية، في ماله.

وفي الوجه [الثاني]^(٩) المسألة على قسمين [أو وجهين]^(١٠): إما أن كان لا يرى لنفسه راحة من تأخير الموت حتى يصلح بعض أموره، أو يرى أدنى راحة.

ففي القسم الأول^(١١): لم يكن في سعة من ذلك وإن فعل لا شيء على المكره؛ لأن هذا القسم بمنزلة القسم الثاني.

وفي القسم الثاني: عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: هو في سعة من ذلك، وعندهما: لا.

والمسألة الرابعة: إذا قال: لنقتلنك أو لتطرحن نفسك من فوق البيت.

والمسألة الخامسة: إذا قال: لنقتلنك أو لتطرحن نفسك في الماء، فهذا على وجهين.

إما أن كان يرجو الخلاص أو لا يرجو.

ففي الوجه الأول: كان في [سعة من]^(١٢) ذلك، فإن ألقى نفسه ومات كانت الدية

(١) في «د»: وقع. (٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٣) في «أ»: ثلاثاً، وفي «د»: ثلثي وقد أثبتناها في النص كما هي في «د».

(٤) في «أ»: وثلاثة، وفي «د»: وثله وقد أثبتناها في النص كما هي في «د».

(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «د»: ساقطة.

(٧) في «د»: لنقتلن. (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(١١) في «د»: ففي الوجه الأول. (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

على عاقلة المكره عندهم جميعاً؛ لأن المكره صار قاتلاً، ومن قتل إنساناً بطرحه من فوق البيت أو في الماء فمات^(١) لا يجب القود إذا كان يرجى منه النجاة غالباً؛ لأنه إذا كان يرجى منه النجاة غالباً كان بمنزلة ما لو ضرب إنساناً بعضاً صغيرة فمات.

وفي الوجه الثاني: المسألة على قسمين: إما أن كان لا يرى لنفسه راحة في الإلقاء أو يرى. ففي القسم الأول^(٢): لا يسعه، وإذا ألقى ومات مكره دمه.

وفي القسم الثاني: كانت المسألة على الاختلاف الذي حكيه^(٣) آفاً فإن طرح حتى منك، قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: تجب الذية على عاقلة المكره، وقال أبو يوسف: تجب الذية في مال المكره، وقال محمد رحمه الله تعالى: يجب القصاص على المكره، لأن الإكراه قد تحقق؛ لأنه دفع عن نفسه زيادة ضرر، فيصير فعله منقولاً إلى المكره، فصار كأن المكره فعل ذلك بنفسه، ولو فعل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجب القود وتجب الذية على عاقلة؛ لأنه بمنزلة العصا الكبير الذي لا يعاش من مثله، وعندهما رحمهما الله تعالى: يجب القود؛ لأنه بمنزلة السيف لكن عند محمد رحمه الله تعالى: المكره مباشر فيجب عليه القصاص، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: متسبب، فلا يجب عليه القصاص.

[ولو قال: لنقطعن يدك أو لنقطعن^(٤) أنت يدك، لم يسعه ذلك]^(٥) وإن فعل كان هدراً؛ لأنه ليس بمكره حكماً؛ لأنه باشر قطعاً متيقناً لدفع قطع موهوم^(٦).

ولو قيل له: لتقتلن نفسك أنت بالسيف، أو لتقتلنك بالسياف، فهو في سعة من ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعلى قولهما رحمهما الله تعالى: لم يكن في سعة من ذلك؛ لأن القتل بالسياف أشد من القتل بالسيف، فهو يرى لنفسه نوع راحة، فإن قتل نفسه قتل المكره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف^(٧): تجب الذية في ماله.

وكذلك لو قيل له: لتقطعن يدك أو لتحرقتها بالنار، فهذا أشد؛ لأن الإحراق بالنار أشد من القطع بالسيف، فهو يدفع زيادة ضرر عن نفسه بما بقي، لو أكره على أن يقتل عبده أو يقطع يده، لم يسعه؛ لأن قتل العبد وقطع يده لا يباح بالضرورة بأن أصابته مخمصة، وما لا يباح عند الضرورة لا يباح عند الإكراه، فإن فعل فهو آثم، ويقتل المكره، ويضمنه نصف قيمته إن قطع^(٨) يده؛ لأنه مكره حنيفة^(٩) وحكماً، فصار آلة للمكره، فوجب [بد]^(١٠) دية العبد عليه ولم يقطع يده كما لو قطع بنفسه، والقصاص في القتل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف: يضمن قيمته من ماله.

ولو أكره المولى على ذلك بغيره أو حبس لم يكن له على المكره قصاص ولا صمد إلا

(١) في «د»: ساقطة. (٢) في «د»: وفي الوجه الأول. (٣) في «د»: ذكرناه. (٤) في «د»: ساقطة، وهي في «د». (٥) في «د»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «د»: متروك. (٧) في «د»: وفي قول أبي يوسف. (٨) في «د»: إن قطع، وفي «د»: أو يقطع وقد أثبتنا ما في «د». (٩) في «د»: كما لو قطع حقيقة. (١٠) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

الأدب؛ لأنَّ الإكراه بالقيء والحس لا يجعل المكره آلة للمكره، فلا يجب على المكره الفصاح والضمان، لكن يؤدَّب؛ لأنَّه باشر ما لا يحل في الدين، وليس على ذلك حد مشروع.

ولو أكره، فقليل له: لنقتلنك، أو لنقطعن يده، فهو آثم إن قطع يده، ويؤدَّب القاصع أما الإثم؛ فلا قطع يد الغير لا يباح بالإكراه، وأما التأديب؛ فلا لأنه باشر ما لا يباح في الدين، وليس على ذلك حد مشروع.

ولو أمر رجلاً بقتل أو قطع لم يكره إلا أن يحاف على نفسه إن [لم] ^(١) يفعل فهو مثل المكره؛ لأنَّ الإكراه بوعيد تلف ^(٢)، وهنا وجد دلالة، وهو دلالة حال الأمر والثابت بدلالة الحال كالثابت نصاً كما في يمين الفور.

ولو أكره على أن يكفر أو يقتل رجلاً، لم يسعه أن يقتله، ويسعه أن يكفر ^(٣)، لأنَّ التكلم بالكفر إذا كان قلبه مطمئناً بالإيمان مرخص بالإكراه، وقتل المسلم لا، فيختار ما هو المرخص، وإن قتله ولم يكفر، فالقياس: أن يقتل المكره، ولكن يضمن استحساناً إن لم يكن عالماً بأن الكفر يسعه.

وجه الاستحسان: وهو أنه وإن قتل نفساً محقون الدم، ولكن اشتبه عليه ما يشبه على ^(٤) مثله فيعذر في درء ما يدرأ بالشبهات، وهو القصاص؛ لأنَّه حسب أن قتل ^(٥) المسلم يحل لدفع الكفر لما فيه من إعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى؛ وأنه كذلك. ألا ترى: أن الكفار إذا تترسوا بأطفال المسلمين وبأسراهم حلَّ للمسلمين الرمي إليهم بكن شيء؛ لأنَّهم قصدوا بذلك دفع الكفر ^(٦) وإعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى، بحلاف ما إذا كان يعلم أنَّ الكفر يسعه في هذه الحالة؛ لأنَّه لم يشتبه عليه.

ولو أكره رجل بقتل على أن يقتل رجلاً، أو يأكل ميتة، أو يشرب الخمر، فقتله قتل المقاتل دون المكره، وهو آثم؛ لأنَّه قتله طائعاً؛ لأنَّه كان يجد مخلصاً من ذلك بإتيان ما كان في سعة من ذلك وهو أكل الميتة، [لأنَّ أكل الميتة] ^(٧) حلال حال صيانة نفسه عن القتل فحال صيانة نفسه ونفس آخر عن القتل أولى. هذا إذا علم بإباحة أكل الميتة في هذه الحالة أم لا. أمَّا إذا لم يعلم اختلف المشايخ فيه، والصحيح: أنه يجب القود، بخلاف المسألة الأولى، والفرق بينهما ظاهر.

ولو أكره في ذلك كله بغيره أو حبس لم يسعه أن يكفر، ولا يسعه أن يأكل الميتة، ولا يشرب الخمر، فإن كفر بانتهام أمرته [منه] ^(٨)؛ لأنَّ القيد والحبس لا يعتبر إكراهاً في حال إباحة الميتة وشرب الخمر، وحرمتها أخف، فلأن لا يعتبر إكراهاً في حق الكفر [كان] ^(٩) أولى،

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢) في «أ»: تاب، وفي «د»: تلف، وقد أثبت ما في «د».

(٣) في «د»: ووسع الكفر. (٤) في «د»: ساقطة.

(٥) في «د»: قتل وفي «أ»: يقتل، وقد أثبت ما في «د». (٦) في «د»: دفعاً للكفر.

(٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

ولو شرب الخمر لا يحد، فإن قتل المسلم، قتل به. فرق بين القصاص وبين حد الشرب، والفرق: وهو أنه متى ثبتت حقيقة الإباحة بأغلظ الإكراهين [فتثبت الشهة بأخف الإكراهين، وحقيقة الإباحة]^(١) تثبت في شرب الخمر بأغلظ الإكراهين، فتثبت الشهة بأخف الإكراهين، وحقيقة الإباحة في القتل لا تثبت بأغلظ الإكراهين، فلا تثبت بأخف الإكراهين.

ولو أكرهه يقتل على أن يقتل هذا الرجل أو يزني بهذه المرأة لم يسعه أن يفعل وحداً منهما^(٢)، وهو آثم إن فعل؛ لأنه [ولو]^(٣) أكره على كل واحد منهما [بعبئته]^(٤) بالقتل لم يسعه فعله، وهو آثم إن فعله، فكذا إذا جمع بينهما.

ولو^(٥) خيره بينهما فإن قتل الرجل قتل المكره، وأذب القاتل. أما قتل المكره، لأنه قتله مكرهاً؛ لأنه لا يمكنه التخلص^(٦) عن القتل إلا بالزنا، والزنا عليه حرام، والمكره على القتل بالقتل إذا قتل المكره [يقتل المكره]^(٧) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وأما أذب المكره؛ لأنه باشر ما لا يحل في الدين، ولم يشرع في ذلك عقوبة فيعذر.

ولو أكرهه يقتل على أن يقتل هذا، أو يأخذ ماله، وهو أكثر من الذبة أو أقل وسعه أخذ ماله، ويضمن المكره، وأما يأخذ ماله ويستهلك؛ لأنه خيره بين القتل واستهلاك المال؛ فيختار أهونهما، واستهلاك المال أهونهما؛ لأن استهلاك المال غير إذن صاحبه مباح حالة المخصصة، وقتل المسلم لا يباح حالة المخصصة والضرورة. أما ضمان المكره؛ لأن الاستهلاك تعين طريقاً للخلاص، فكان مكرهاً في الاستهلاك فكان الاستهلاك مقولاً إلى المكره، فإن قتل ولم يستهلك قتل القاتل؛ لأنه طالع في القتل فإنه يجد مخلصاً عن القتل بما لا تبعه عليه لا في الدنيا ولا في الآخرة، ولو لم يفعل أحدهما حتى قتل، فهو غير آثم؛ لأنه بذل مهجته لدفع الظلم عن الغير، فكان شهيداً.

ألا ترى: أنه إذا اضطر إلى طعام ومع صاحبه^(٨) طعام وسعه أحده، ويضمنه له، ولو [لم]^(٩) يأخذه^(١٠) حتى مات فهو مأجور والمعنى ما ذكرنا. هكذا ذكر الصدر الشهيد رضي الله عنه في «مختصر العصام».

ولو أكرهه يقتل على أن يقتل عبده أو يقطع يد نفسه وسعه قطع يده لإحياء عبده كما يسعه قطع يد نفسه لإحياء نفسه بأن قيل له: لنقطع يدك أو لنقتلك، وأيهما فعل اقتص من المكره.

فرق بين هذا وبينما إذا قال له^(١١): لنقطع يدك^(١٢) أو لنقتل مالك، وإلا

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «د»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٠) في «د»: يأخذ يدون ماء الضمير. |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «د»: قيل له. وفي «أ»: قال، وأنبش ما في «د». |
| (٥) في «د»: لو: ساقطة. | والجار والمجور (له) ساقطة في «أ». |
| (٦) في «د»: الخليف. | (١٢) في «د»: لقتل. |
| (٧) في «د»: ساقطة. | (١٣) في «د»: صدك. |

لقتلِكَ، فقتل العبد، فإنه لا قصاص له على المكره، والعرق: وهو أن هنا وإن كان بسعه^(١) قطع اليد؛ إلا أنه حاف منه التلف فإنه قد يسري فيصير نفساً، فمن هذا الوجه صير كالمكره على قتل نفسه، أو على قتل العبد، ولو كان كذلك فأيهما فعل وجب القصاص على^(٢) المكره، فكذا هنا، ولا كذلك في^(٣) استهلاك المال.

ولو أكره بقتل على أن يأخذ مال أحدهما وسعه أن يأخذ مال أغناهما [سواء كان الملاك في المقدار على السواء أو على التفاوت؛ لأن ما يلحق أغناهما]^(٤) من الضرر أقل، والمدعى إلى شرين يختار أهونهما، وإن كانا في الغنى سواء أخذ أقلهما؛ لأنه أقل ضرراً، وصير المكره أقلهما، فإن استهلك أكثرهما ضمن المستهلك الفضل؛ لأنه في استهلاك الزيادة طابع والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل الثالث

في المسائل المتفرقة

ولو باع رجل من رجل بيع تلجنة، فإنهما بالخيار، ولا يجوز عتق المشتري، [وان قبضه]^(٥).

الكلام في معرفة صورة بيع^(٦) التلجنة وصفته وحكمه:

أما صورته: إذا تراضعا [في الشراء]^(٧) أنهما يظهران البيع رياء وسمعة لأمر بخاته البائع ثم أظهره.

وصفته: أنه فاسد إذا تصادقا بعد البيع أنهما بنيا البيع على تلك المواضعة؛ لأن ما تراضعا في الشر من التلجنة والهزل صار مشروطاً في البيع. مقتضى الحاجة إلى بيع التلجنة والهزل، فإن بيع التلجنة ما يحتاج إليه الإنسان لأمر يخاف منه على ماله، فصارت مواضعة^(٨) وأنها شرط مفسد مشروطة في البيع مقتضى الحاجة والثابت مقتضى غيره، كالثابت نصاً. فرق بين هذا وبينما إذا تراضعا على شرط آخر مفسد^(٩) للبيع سوى البيع، أنه تباعاً حيث لا يفسد البيع، وإن تصادقا بعد البيع أنهما بنيا البيع على تلك المواضعة. والفرق: أن ما تراضعا من الشرط الفاسد غير مشروط في البيع مقتضى الحاجة؛ لأنه لا حاجة، فأيهما لو كان قصدهما إفساد العقد أمكنهما اشتراط شرط فاسد في البيع نصاً، فله بصر ذلك الشرط مذكوراً في البيع أصلاً.

وحكمه: أنه لا يفيد الملك عند القبض قبل الإجارة؛ لأن الهزل المشروط نلتاع

(١) في «د»: يسع يدون هاء الضمير. (٢) في «د»: من

(٣) في «ج»: غير موجودة وهي في «أ» و«د» (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «د»: ساقطة. (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٨) في «أ»: المواضعة، وهي في «د»: صكرة، وقد أثبتنا الأخير.

(٩) في «أ»: تفسد. وفي «د»: مفسد وأثبتنا الأخير.

بمصلحة الخيار المشروط^(١) للبائع؛ لأن الهزل في البيع يثبت بالشرط، وأنه يعدم الرضى بحكم العقد لا بأصله، فكان الهزل بمعنى خيار الشرط، وخيار الشرط للمانع يجمع وقوع الملك للمشتري، وإن قبضه المشتري، ولا كذلك خيار المكره؛ لأنه ثبت حكماً لا بسبب الشرط فلم يكن في معنى خيار الشرط، وإن أجازاه جاز وإن جاز أحدهما لم يجز، لأن الهزل مشروط لهما في البيع اقتضاء، والثابت اقتضاء كالثابت نضاً، ولو كان ثابتاً نضاً بأن قال البائع: بعت منك هزلاً، وقال المشتري: قبلت هزلاً^(٢) ثم أجازاه جاز [ولو أجاز] أحدهما لا يجوز^(٣)؛ لأن هذا بمنزلة ما لو تبايعا على أنهما بالخيار أبداً، وكذلك الإحارة والقسمه والكتابة وكل أمر ينقض^(٤)؛ لأن الهزل بمعنى خيار الشرط، وخيار الشرط يثبت في هذه العقود كما يثبت في البيع، فكذلك الهزل.

ولو قالوا: يظهر البيع بيننا أننا تبايعنا أمس، ولم يكونا تبايعا، ثم أجازا لم يجز، وكذلك النكاح والطلاق على مال؛ لأنهما أخبرا عن عقد معدوم، والإخبار عن عقد معدوم كذب محض، فيكون وجود هذا الإقرار وعده بمنزلة سبب الكذب [لا سبب الهزل]^(٥) ولا يصدق في القضاء، والطلاق وقع؛ لأنه يدعي فساد إقراره، وأنه خلاف الظاهر، فلا يصدق القاضي.

ولو قال الزوجان: المهر مائة دينار ونسمع عشرة آلاف بأن يقولوا في السر: نظهر كذا، فأظهر عشرة آلاف، وجحد أحدهما، وقامت البيّنة على ما قالوا، بطلت الدنانير والدرهم، فكأنهما تزوجا على غير مهر فلما مهر مثلها، لأنه لا يمكن إثبات المائة دينار، لأن المواضعة المتقدمة^(٦) إنما تحصل مشروطة في العقد إذا لم يوجد الإعراض عنها، وقد وجد؛ لأنهما سميا عشرة آلاف درهم، ولم يثبت المسمى في العقد لكونه هزلاً وسمعة، وإذا لم يثبت المسمى صار كأنما تزوجها، ولم يسم لها مهرأ، فيجب مهر المثل، ولو كان مثل ذلك في البيع انعقد البيع بعشرة آلاف درهم لما نيتن بعد هذا.

ولو قالوا^(٧) في السر: المهر ألف درهم ونسمع بالغبين، فأظهرا الألفين، ثم جحد أحدهما، وقامت البيّنة، كان المهر ألف درهم؛ لأن المواضعة المتقدمة تجعل كالشرط في العقد متى لم يوجد منهما ما يوجب الإعراض عن ذلك المواضعة، ولم يوجد، بصار كما لو تزوجها [على الغيب]^(٨) على أن يكون الألف مهرأ والألف الآخر رياء وسمعة، ولو كان كذلك كان المهر ألف درهم. كذا هنا، ولو كان مثل هذا في البيع يكون الثمن ألفي^(٩) درهم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: الثمن ألف درهم لما نيتن.

(١) في «د»: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢) في «د»: هزلاً. (٧) في «د»: القديمة. (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٨) في «أ»: قال، وفي «د»: قال، وقد أثبتنا الأخير. (٤) في «د»: لم يجز. (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٥) في «د»: ينقض. (١٠) في «د»: ألف.

ولو قالاً^(١) في السر: يكون النكاح مائة دينار، وتزوجها علانية، فالمسألة على ثلاث أوجه: في وجه: ينقذ النكاح بالذناير، وفي الوجهين: ينقذ النكاح بمهر المهر.

أما الوجه الذي ينقذ النكاح بالذناير: وهو ما إذا تزوجها في العلانية على أن لا مهر لها. لأنه لم يوجد [ما يوجب]^(٢) الإعراس عن الذناير؛ لأن مهر المثل لم يصير^(٣) مذكوراً بمقتضى عقد النكاح لغة؛ لأنه نفى المهر، فصار كمن باع بغير ثمن لا يصير الثمن مذكوراً عند البيع لغة حتى لا ينقذ البيع، فإذا لم يوجد ما يوجب الإعراس عن الذناير صارت الذناير مهراً.

وأما الوجهان الآخران: أحدهما^(٤): إن تزوجها في العلانية على أن لا تكون الذناير مهراً لها، لأنهما أعرضا عما تواضعا في السر لما تزوجها على أن لا تكون الذناير مهراً. فلم تصر الذناير مذكورة. ولم يذكر مهراً آخر، فانهقد^(٥) النكاح بمهر المثل، والثاني: إذا تزوجها في العلانية، وسكت عن المهر، ولم ينف المهر؛ لأنه لما لم ينف المهر^(٦) في النكاح صار مهر المثل مذكوراً بمقتضى^(٧) النكاح لغة.

ولو قالاً^(٨): على مهر قد تراضيا به، ولم يسميا الشهود، فالنكاح على مائة دينار؛ لأنهم عقدا العقد^(٩) بمهر^(١٠) معلوم عندهما؛ فيجوز، ويقع العقد عليه كما لو تبايعا برقبة أو بمائة فلان، وهما عالمان به، ولو قالاً في البيع: هو على مائة دينار إلا أننا نظهر^(١١) البيع صحيحاً بخمسة آلاف درهم [وتبايعا بخمسة آلاف درهم]^(١٢) فالبيع جائز بخمسة آلاف درهم، وما كانوا قالوا في السر فهو باطل، وكذلك لا يكون إلا بثمن سوى النكاح الذي^(١٣) يجوز بلا ذكر مهر. لأنه وجد الإعراس عما تواضعا عليه في السر أن تكون الدراهم هزلاً وسمعة مقتضى إقدامهم على عقد صحيح، فإنهما قصدا بيعاً صحيحاً، ولن^(١٤) يصح البيع متى لم^(١٥) يثبت ما سبب في البيع من الدراهم ثمناً بخلاف النكاح؛ لأن النكاح^(١٦) يصح، وإن كانت الدراهم المسمدة هزلاً وسمعة كما لو شرط في النكاح نصاً؛ لأن الدراهم هزلاً وسمعة، فلم يوجد ما يوجب الإعراس عما تواضعا عليه في السر أن تكون الدراهم هزلاً وسمعة، فإن سميا الثمن الذي تواضعا^(١٧) [عليه]^(١٨) في السر وازدادوا أشياء سمعة بأن تواضعا في السر الثمن ألف وسمع ألفين [رباء وسمعة فتبايعا بألفين]^(١٩) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: البيع بألفي^(٢٠) درهم وعندهما رحمهما الله تعالى: الثمن ما سمياه في السر ألف درهم.

(١) في «أ»: قال، وفي «د»: قالاً، وقد أثبتنا الأخير. (٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٣) في «أ»: يعتبر، وفي «د»: يصير، وقد أثبتنا ما في «د». (٤) في «د»: ساقطة.

(٥) في «د»: فإن انعقد. (٦) في «أ»: لأنه لما لم ينف المهر. ساقطة

(٧) في «أ»: بمقتضى، وفي «د»: مقتضى وقد أثبتنا ما في «د».

(٨) في «د»: قالاً، وفي «أ»: قال، وقد أثبتنا الأول. (٩) في «د»: ساقطة.

(١٠) في «د»: عقداً على المهر. (١١) في «أ»: إلا أن نظهر وقد أثبتنا ما في «د».

(١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (١٣) في «د»: ساقطة.

(١٤) في «د»: ولم. (١٥) في «د»: ساقطة. (١٦) في «د»: النكاح. (١٧) في «د»: تواضعا.

(١٨) في «أ»: ساقطة. (١٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢٠) في «د»: بألفين. ساقطة

(٢١) في «د»: ساقطة.

وكذلك لو قال لامرأته: أطلقك^(١) على ألف درهم، وأسمع مائة دينار^(٢)، فطلقها بمائة دينار، نزمها مائة دينار، ويجعل^(٣) السر باطلاً، لأنّ الطلاق على مال والعقود على مال لا يصح إلا في التسمية في العقد، فيتحقق ما يوجب الإعراض عن المواضعة سرّاً، وهو كون المسمى مراً وسعة، وذلك الإقدام على عقد صحيح كما في البيع، ولو تواضعا في السر بما يظهر^(٤) بيعاً علانية وهو بيع تلجئة، وهزل باطل، ثم قال أحدهما: إنّا قلنا في السر ذلك، وقد أبطلنا تلك المواضعة، فتابعها وصاحبه لم يحب بما قال، إلا أنه تابعه، ثم قال: لا أرضى لم يكن له ذلك ومبايعته إياه بهذا بعد هذا القول رضى منه إلا أن يقول أحدهما ذلك، ولا يسمع صاحبه، ثم يتابعان^(٥)، فالبيع فاسد؛ لأنه لما قال أحدهما، قد أبطلنا تلك المواضعة [فقد أطل تلك المواضعة]^(٦) فإذا علم صاحبه وبإيعه، فقد رضى بإبطال تلك المواضعة، والمواضعة تبطل بإبطال^(٧) أحدهما برضى الآخر، فأما إذا لم يسمع الآخر لم يوجد منه الرضى بإبطال تلك المواضعة، وإن قالوا في السر مع^(٨) بيع [هو]^(٩) هزل، ونظهر أنا قلنا في السر إنه هزل، وأبطل الهزل الذي كان في السر ومع ذلك البيع باطل، وإن تابعها، وقال ذلك: فالبيع حائز، وإن أراد أحدهما فسخ البيع لم يكن له [ذلك]^(١٠) إلا أن يقيما البيّنة على ما قالوا في السر، فيبطل، لأنّ البيع جائز من حيث الظاهر فيكون القول: قول من يدعي الجوار؛ إلا أن يقيم الآخر البيّنة على ما ادعاه، ولو قال^(١١): كنا قلنا في السر إنها تظهر بيعاً، وهو في السر هزل، ثم تابعها لم يجز حتى يقولوا، وقد قلنا: إنّا نظهر بيعاً، ونقول: أبطلنا ما في السر، فقد أبطلنا ذلك كله، ثم يتابعنا، فحينئذ يجوز أو يقول أحدهما، ويسمع الآخر ثم يتابعها؛ لأنّ إقدامهما على المبايع بعد ما قالوا كما قلنا في السر إنها تظهر بيعاً، وهو في السر هزل لا يدل على إبطال تلك المواضعة، فيكون هذا^(١٢) بيع هزل، فإذا قالوا، وقد قلنا: إنّا نظهر بيعاً، ونقول: أبطلنا ما في السر، فهو غير باطل والآن أبطلنا ذلك كله، أو قال أحدهما: فسمع الآخر، ثم يتابعها^(١٣) فقد وجد^(١٤) إبطال تلك المواضعة حيث أبطلنا ذلك كله [أو]^(١٥) أبطل أحدهما ورضي الآخر حيث^(١٦) أقدم^(١٧) على البيع بعدما سمع الإبطال عن صاحبه.

ومن اضطر إلى أكل ميتة، وهو محرم، وقدر على صيد فقتله يأكل الميتة؛ لأنّ الميتة تاح له^(١٨) حالة الضرورة بالنقص، وقتل الصيد لا، لكن رخص لضرورة مع قيام الحرمة في نفسها فكان الميل إلى أكل الميتة أولى. والله تعالى أعلم بالصواب.

- | | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| (١) في «د»: طلقك. | (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٢) في «د»: دينار: ساقطة. | (١١) في «د»: ولو قال: ساقطة. |
| (٣) في «د»: وجعل. | (١٢) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: أنا نظهر. | (١٣) في «د»: يتابعها: ساقطة. |
| (٥) في «د»: يتابعها. | (١٤) في «د»: وجب. |
| (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٦) في «د»: حين. |
| (٨) في «د»: ساقطة. | (١٧) في «د»: ساقطة. |
| (٩) في «د»: ساقطة. | (١٨) في «د»: له. |

كتاب المأذون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله عنه^(١) : هذا الكتاب اشتمل على ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فيما يصير العبد والصبي مأذوناً وفيما [لا]^(٢) يصير ، [وفيما يصير]^(٣) محجوراً ، وفيما لا يصير ، وفيما يملك المأذون ، وفيما لا يملك ، وفيما يملك الأب الوصي والقاضي من الإذن ، والحجر ، وبيع القاضي العبد المأذون المديون ، وفيما لا يملك ، وفيما يضمن المولى بالتصرف في المأذون ، وفيما لا يضمن .

الفصل الثاني : فيما يصح إقرار العبد التاجر ، وفيما لا يصح ، وفيما يصح إقرار المولى على العبد ، وفيما لا يصح ، وفي اختلاف المأذون^(٤) على المولى فيما في يد المأذون ، وغير ذلك^(٥) وفي^(٦) جناية العبد المأذون ، وعلى العبد المأذون .

الفصل الثالث : في المسائل المتفرقة .

(١) في «أ» : غير واردة ، وهي في «د» .
(٢) في «أ» . ساقطة ، وهي في «د» .
(٣) في «أ» . ساقطة ، وهي في «د» .
(٤) في «د» : مع .
(٥) في «د» : وغير ذلك .
(٦) في «د» : في : سائطة .

الفصل الأول

فيما يصير العبد، والوصي ماذوناً، وفيما لا يصير إلى آخره

اعلم أن الإذن بالتجارة إطلاقاً للتجارة بعد^(١) الحجر والثابت للمأذون صيرورته منفك الحجر لا الإنابة والتوكيل^(٢)؛ لأن تقدير قوله: أذنت لك في التجارة: [اتجر]^(٣) لنفسك، والعبد في التجارة متجر لنفسه، وإنما يملك المولى اكتسابه حكماً بملك رقبته إذا فرغ من الذين كما لو احتطب أو احتش بغير إذنه، ولهذا الإذن في النوع كان إذناً في الأنواع كلها. إذا قال الرّحل لعبده: قد أذنت لك في التجارة أو خصص^(٤)، فقال في الخياطة أو غيرها أو اعمل في البقالين أو نحوه، أو قال: أذ إلي الغلة، أو إن أديت إلي ألف درهم فأنت حر، أو أقعد^(٥) قصاراً، أو قال له: أجر هذا العبد، ولم يقل من فلان، أو رآه يبيع ويشترى، فأعرض عنه صار بذلك كله ماذوناً في جميع التجارات، والإجارة والاستئجار والمزارة^(٦) والمعاملة، ولو أجره نفسه، ولو قال: أجر نفسك من فلان، فالقياس: أن يصير ماذوناً، وفي الاستحسان: لا يصير ماذوناً.

وكذلك لو قال: يع هذا من فلان أو اشتر ثوباً من فلان؛ لأن في بعضها إذناً لجنس التجارات؛ لأنه أدخل الألف واللام في التجارة حيث قال: أذنت لك في التجارة، وليس هنا معهود فتكون لاستغراق الجنس. وفيما خص نوعاً كان إذناً في الأنواع كلها، والمسألة معروفة. أما إذا قال: أجر هذا العبد من فلان^(٧) إذن له في التجارة، فإن الإجارة تجارة، وأما إذا قال: أجر نفسك من فلان، فلائحة استخدام عرفاً، لأنه فوض إليه عقداً واحداً ولم يفوض إليه [الرأي]^(٨). والتدبير فيمن يعاقد^(٩) معه، فإنه لو أحر من غيره لا يجوز، وفي المزارعة والمعاملة؛ فلأن فيهما إما استئجار الأرض إن كان البذر من قبله أو إجارة نفسه إن كان البذر من قبل رب الأرض، والمأذون يملك الاستئجار والإجارة، وفي المعاملة إجارة نفسه، والمأذون يملك ذلك.

ولو دفع إليه حماراً يبيع عليه الماء، أو ينقل [عليه]^(١٠) الطعام للناس بالأجر صار ماذوناً؛ لأنه إذن له في التجارة، فإنه فوض إليه عقوداً مكثرة من التجارات، وهو يبيع الماء

- | | |
|------------------------------|--|
| (١) في دة: بفك. | (٦) في دة: المودة، وما في دة: المزارعة، وقد أنشأه في المتن |
| (٢) في دة: والتوكيل. | (٧) في دة: فلائحة. |
| (٣) في دة: ساقطة، وهي في دة. | (٨) في دة: ساقطة، وهي في دة. |
| (٤) في دة: مطموسة. | (٩) في دة: تعاقد. |
| (٥) في دة: مطموسة. | (١٠) في دة: ساقطة، وهي في دة. |

من الناس مرة بعد أخرى، أو إجارة الحمار من الناس مرة بعد أخرى.

ولو أمره بأن يشتري له ثوباً للكسوة أو لحماً بدرهم، أو بقللاً، أو غيره من الطعام للأكل لم يصير مأذوناً؛ لأن هذا استخدام عرفاً لا إذناً في التجارة؛ لأنه موزع إليه عقد واحد لا غير، وتفويض عقد واحد إلى العبد يعد استخداماً عرفاً لا إذناً في التجارة ضرورة ألا يتعطل على الناس استخدام ممتلكاتهم في التجارة، ولو أذن له يوماً واحداً أو شهراً كان إذناً عاماً؛ لأن عندنا إسقاط، فلا يحتمل التوقيت.

ولو أجر عبده من رجل يبيع له في حانوته صار مأذوناً؛ لأنه فوض إليه التجارة والصغير الذي يعقل الشراء والبيع مثل الكبير في جواز الإذن. هذا إذا [أذن] ^(١) المولى لعبده الصغير، وكذا إذا أذن الأب لابنه الصغير في التجارة، فإن خص فهو عام لما ذكرنا. وكذا إذا أذن ^(٢) لعبده، ولم يعلم، فاشترى، ثم علم، ثم اشترى شراء آخر، لم يجر الأول، وجاز الثاني؛ لأن الشراء الأول شراء المحجور؛ لأن الإذن قبل العلم لا يصح، لأن الإذن مأخوذ من الأذان وهو الإعلام، والإعلام لا يكون إعلماً بدون العلم، فشرط العلم لتحقيق الإذن.

وأما فيما يصير محجوراً، وفيما لا يصير محجوراً:

ولو حجر على عبده المأذون في بيته دون أهل سوقه، لم يجز؛ لأن الإذن العام المنتشر فيما بين أهل السوق ^(٣) إنما يرفعه حجر عام منتشر مثله نقياً للغرور، والضرر عن الناس، فإنهم يبايعونه على تقدير أنه مأذون تستوفي حقوقهم في حال رقه من كسبه ورقته، ومتى صخ الحجر في السرّ تتأخر حقوقهم إلى ما بعد العتق، فيلحقهم غرور وضرر، ومن ^(٤) باع منه من سمع منه حجره في بيته، جاز؛ لأن هذا حجر خاص، فلا يرفع ^(٥) الإذن العام، فيبقى مأذوناً في حق من علم، وفي حق من لم يعلم.

ولو أتى السوق، ونهى رجلاً أو رجلين، لم يجز حجره حتى يحضر جماعة من أهل السوق، وإن لم يحضروا كلهم جاز حجره، لأن القياس أن لا يصير محجوراً في حق من لم يعلم نقياً ^(٦) للغرور ^(٧) إلا أنا تركنا القياس ضرورة، فإن تبليغ الحجر إلى الكل متعذر، فأقيم التبليغ إلى الأكثر منهم مقام التبليغ إلى الكل، فكان الحجر ^(٨) عامّاً [معنى] ^(٩).

ولو ^(١٠) حجر العبد المسافر إلى بلد، فأتى أهل سوقه، وقال: قد حجرت عليه لم يجز الحجر، وهو غائب لم يعلم؛ لأن علم العبد مع علم أهل السوق شرط لصحة الحجر

(١) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ».

(٢) في «هـ»: ولو أذن.

(٣) في «هـ»: أهل سوقه.

(٤) في «هـ»: ولو.

(٥) في «هـ»: فلا يرى، وهي في «هـ»: فلا يرفع وقد أثبتتها.

(٦) في «هـ»: بضاً.

(٧) في «هـ»: ساقطة.

(٨) في «هـ»: حجرأ.

(٩) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ».

(١٠) في «هـ»: ولا حجر، وهي في «هـ»: ولو حجر وقد أثبتتها.

نياً للغرور، والضرر عن العبد؛ لأنه يبيع على تقدير أنه مأذون يستوفي^(١) ما يجب عليه في حال رقه من مال المولى، فلو صح الحجر يستوفي من خالص ملكه وفيه غرور وضرر.

وكذلك لو كان العبد في المصير لا يعلم بحجره في سوقه، فهو على إذنه حتى يراه؛ لأن علمه شرط لنفاذ الحجر، ولا يعلم الحجر إلا بعد العلم عند الأكثر من أهل^(٢) سوقه الغالب منهم؛ لأن علم الكل شرط يقتضيه القياس، وقد نعتذر، فشرطنا على الأكثر الغالب، ولو أمر قوماً فقال: بايعوه، ولم يعلم عبده^(٣) بذلك، فبايعوه فهو^(٤) مأذون، وذكر في بعض المواضع: أنه لا يصير مأذوناً فصار فيه روايتان: ولو باعه مولاه أو ملكه رجلاً يوجه من الوجوه، أو مات مولاه، ولم يعلم بشيء من ذلك أهل سوقه، فإنه يصير محجوراً عليه، وإن لم يعلموا؛ لأن الحجر لا^(٥) يثبت مقصوداً من المولى، وإنما يثبت حكماً للبيع والشئ^(٦) قد يثبت حكماً لغيره [فكان]^(٧) ولا يثبت مقصوداً كعزل^(٨) الوكيل.

ولو أرسل إليه^(٩) رسولاً، أو كتب بحجره صار محجوراً عليه؛ لأن الرسالة والكتابة من الغائب بمنزلة المشافهة من الحاضر، ولو شافهه المولى صار العبد محجوراً [سواء كان المولى عدلاً أو فاسقاً فكذا هنا]^(١٠) سواء كان الرسول عدلاً أو فاسقاً، والذي جاء بالكتاب كذلك، وإن لم يرسل إليه ولكن أتاه رجل، أو صبي، فأخبر بحجر مولاه، فإن أبا حنيفة رحمه الله تعالى قال: لا يكون هذا حجراً حتى يخبره بذلك رجلان، أو رجل عدل يعرفه العبد، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: من أخبره بذلك صبي كان أو امرأة أو غيرهما صار محجوراً بعد أن يكون خبره حقاً، وجنس هذه المسائل ذكرناه قبل هذا.

ولو أبق المأذون، ثم باع كان إبقه حجراً عليه، لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء فما^(١١) يمنع ابتداء الإذن يمنع البقاء، فالإباق يمنع ابتداء الإذن، فيمنع البقاء.

ولو أسره [العدو]^(١٢) وأحرزوه إلى دار الحرب صار محجوراً؛ لأنهم ملكوه، فبطل الإذن، وإن كان في دار الإسلام، فهو على إذنه؛ لأنه لم يزل الملك، وإمكان الأخذ باق؛ لأنهم مقصورون بدارتنا.

ودلت المسألة على^(١٣) أن العبد المأذون إذا غصبه إنسان إن بقي للمالك إمكان الأخذ بأن كان الأخذ الخاص مقررًا، وكان له بيّنة حاضرة بقي العبد مأذوناً، ولو كان محجوراً، فأذن في هذا الحالة صح؛ لأن الكفار صاروا غاصبين لهذا العبد، وبيع^(١٤) هذا العبد على

(٨) في «د»: كقول.

(٩) في «د»: ساقطة.

(١٠) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

(١١) في «د»: منا.

(١٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

(١٣) في «د»: ساقطة.

(١٤) في «د»: ومع.

(١) في «د»: مستوفي.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: خيرهم، وفي «د»: عبده، وقد أثبتنا ما في «د».

(٤) في «د»: صر.

(٥) في «د»: لم.

(٦) في «د»: والشراء.

(٧) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

[إذنه]^(١)؛ لأن هذا الإذن إنما يملك لولاية البيع، والمولى لو باع المخصوص بهذه الصفة من الغاصب، أو من غيره، جاز، فصيح^(٢) الإذن.

وإن باعه مولا به خمر أو خنزير، فهو على إذنه ما لم يقبضه المشتري؛ لأنه لم ير^(٣) عن ملكه قبل القبض، فإذا قبضه صار محجوراً عليه؛ لأنه زال عن ملكه، وإن رده على البائع، فهو على حجره، وإن عاد إليه قديم ملكه؛ لأن العبد إذا عاد إلى قديم ملك الإنسان، فإثماً يعود يعود ما كان من حق مالك العبد، والإذن حق العبد؛ لأنه منصرف بنفسه بحكم فك الحجر لا حق المولى، فلا يعود.

ولو قبضه المشتري بمحض من البائع من غير أن يأذن له في قبضه إذا باعه به خمر أو خنزير، صار محجوراً عليه؛ لأنه ملكه، ولو تفرقا ثم قبض بغير إذنه، فهو مأذون له؛ لأن لم يملكه، ولهذا لو أعتق المشتري لا يجوز، ولو أمره بالقبض، فقبض بمحض منه، أو بعدما تفرقا، فهو محجور عليه؛ لأنه ملكه في الحالين جميعاً، وكذلك الهبة في القبض عند حضرته، وبعد ما تفرقا، فإنه مثل البيع بالخمر؛ لأن الهبة الصحيحة لا تفيد الملك إلا عند القبض كالبيع الفاسد.

ولو باع بيعاً صحيحاً على أن البيع^(٤) بالخيار ثلاثة أيام، فهو على إذنه ما لم ينفذ البيع؛ لأنه لم يزل عن ملكه، ولو كان الخيار للمشتري، فهو حجر؛ لأنه زال عن ملك البائع بالاتفاق، فيزول الإذن.

ولو دبر المولى عبده^(٥) المأذون له في التجارة، فهو مأذون؛ لأن التدبير لا يمنع ابتداء الإذن، لأن المدبر باق على ملكه، وله ولاية البيع من المدبر، فلأن لا يمنع البقاء كن أولى، فرق بين التدبير وبين الاستيلاء، والفرق: وهو أن الاستيلاء لا يمنع بقاء الإذن أيضاً، فلا يمنع ابتداء الإذن إلا أن الاستيلاء^(٦) حجر لها دلالة؛ لأنه لما استولدها، فقد منعها من^(٧) اليوم، والخروج عرفاً، فكان حجرًا دلالة. أما التدبير: ليس بحجر دلالة، فلو ثبت الحجر ثبت كون التدبير مانعاً للإذن، والتدبير لا يمنع الإذن.

ولو أذن المأذون لعبده له في التجارة ثم حجر المولى على الأول، فإن كان على الأول دين فهو حجر عليهما جميعاً، وكذلك لو مات الأول^(٨) فهو حجر على الثاني؛ لأنه متى كان على العبد الأول دين فالإذن للعبد الثاني هو للعبد الأول دون المولى، لأن المولى لا يملك إذنه، وقد زالت ولاية الأول بالحجر والموت، فيحجر^(٩) الثاني، وإن لم يكن على الأول دين فحجر المولى على الأول لا يكون حجرًا على الثاني، وكذلك لو مات الأول.

- | | |
|------------------------------|--|
| (١) في دا: ساقطة، وهي في ده. | (٦) في ده: لا يمنع بقاء الإذن. . إلا أن الاستيلاء ساقطة. |
| (٢) في ده: فيصح. | (٧) في ده: من. |
| (٣) في ده: لا يزول. | (٨) في ده: المولى ولعل ما في دا: أصح. |
| (٤) في ده: البائع. | (٩) في ده: فيحجر. |
| (٥) في ده: العبد. | |

لأن العبد الثاني [كان المولى أذن له حكماً] ^(١) كما هو مأذون من جهة العبد الأول حقيقة، وهو مأذون من جهة المولى حكماً؛ لأن العبد الأول إنما قدر على الإذن من جهة المولى ^(٢) والمولى مالك لإذن العبد الثاني فكان للمولى أذن له حكماً، ولو كان إذناً له من حيث الحقيقة، ثم ححر العبد الأول يبقى الثاني مأذوناً بإذن المولى فكذا هنا.

ولا يجوز حجره على مأذون مكاتبه، لأنه لا يجوز على مأذون ما دونه إذا كان عسى لأول دين، فعلى مأذون مكاتبه أولى، ولو كان للمأذون له عليه دين، فأذن المولى لعبده في التجارة، لم يجز؛ لأنه لو باع كسبه لم يجز، فإذا أذن له في التجارة لم يجز إذنه ^(٣) [له] لأن الإذن في التجارة من التجارة.

ولو عجز المكاتب، وقد أذن لعبده في التجارة، فإن عجزه عن الكتابة ححر على عبده؛ لأن الإذن بهذا العبد إنما هو المكاتب؛ لأن المولى لا يملك أن يأذن لعبده في التجارة، وقد زال [ولاية] ^(٤) الإذن بالحجر. فينحجر عبده، ولو مات المولى في المسألة الأولى، فموته ححر على العبد، [كان على العبد] ^(٥) دين أو لم يكن؛ لأن الأول مأذون من جهة المولى، [فالحجر بموت المولى، والثاني إن كان مأذوناً من جهة المولى] ^(٦) فيحجر بموته، وإن كان من جهة الأول يصير محجوراً بحجر الأول، وموت المكاتب وعجزه ^(٧) سواء؛ لأنه إن مات عن وفاء، فقد مات حرّاً، وموت [الحرّ يوجب] ^(٨) الحجر على عبده، وإن مات لا عن وفاء، فقد مات عاجزاً، وعجز المكاتب ححر على عبده.

ولو مات الحرّ، وعليه دين، وترك ابناً وعبداً يصير عبده محجوراً، ولو أذن الابن لعبده لم يجز ^(٩) لأنه لا يملك تركه أبيه، إذا كان الذين مستغرقاً، فلا يصح إذنه.

ولو وهب له رجل مالا، ففضى الذين لا يجوز الإذن الأول من الابن الحرّ، وهو الصحيح؛ لأنه قضى دين الميت من ملك نفسه، فصار ما قضى ديناً له على أبيه، فكانت التركة مشغولة بدين الابن، ولم يملك [الوارث الحرّ] ^(١٠) حتى لو قضى الابن الذين على أن لا يرجع بذلك في تركه أبيه، فلو فعل ذلك صح الإذن الأول، ولو لم يكن على أبيه الحر دين وكان الذين على المأذون فموته ححر، وإن أذن له ابنه بعد موت أبيه، فهو مأذون به؛ لأن دين العبد وإن كان مستغرقاً لا يمنع الإرث، فملكه الوارث، فصح الإذن، وهي مسألة أول «الزيادات».

ولو قضى الابن دين أبيه من ماله، ثم أذن لعبده أبيه لم يجز؛ لأنه لم يملك العبد

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢) في «د»: حكماً؛ لأن العبد الأول... من جهة المولى: ساقطة. (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٧) في «أ»: ححره، وفي «د»: عجزه وقد أثبتناها. (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٩) في «أ»: لم يحل، وفي «د»: لم يجز وقد أثبتناها في النص. (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

لأن التركة مشغولة بدينه، فإن أبرأ أباه جاز إذنه الأول؛ لأنه ظهر [أنه ملك العبد وطهر] أن الإذن صادف الملك نصح.

ولو جن المولى جنوناً مطبقاً؛ فذلك حجر على مأذونه؛ لأن الجنون المطبق نزول ولايته فينحجر به عبده كما لو مات، ولو [كان] ^(٢) يحن ويقيق، فهو على إذنه؛ لأنه جنون غير مطبق لا نزول ولايته فسيبقى العبد مأذوناً على حاله.

واختلفوا في تقدير الجنون المطبق، كان محمد رحمه الله تعالى يقول أولاً: الشهر فم فوقه، وما دونه غير مطبق، ثم رجع، وقال: السنة فما فوقها، وما دونها ليس بمطبق، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الجنون المطبق أكثر السنة فصاعداً، وما دونه غير المطبق، وهو تفسير ما قلنا: يحن ويقيق.

ولو ارتد المولى والعياذ بالله تعالى، فباع عبده، واشترى ثم قتل المولى لم يجز ما باع واشترى في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قولهما رحمهما الله تعالى: حاز، ولو أسلم جاز في قولهم ^(٣)، وهذا الاختلاف بناء على أن ولاية بيع المولى على العبد يتوقف برده عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يعني ^(٤): لو باعه بعد الرزدة فقبل بطل، فإن أسلم نفذ، وعندهما رحمهما الله تعالى: لم يتوقف، ولو كانت امرأة فارتدت والعياذ بالله تعالى ما دونها على إذنها، لأن ولايتها على بيع العبد لم تتوقف بردها بالإجماع، ولو لحقت بدر الحرب مرتدة ففرض القاضي بلحاقتها، فهو حجر على عبدها ^(٥)؛ لأن ولايتها على بيع العبد ^(٦) يتوقف بعد اللحق بدار الحرب عندهم جميعاً، فيتوقف الإذن ^(٧) أيضاً، فإذا قصى القاضي بلحاقتها زال ملكها من وقت اللحق فتبطل تصرفات العبد وقت اللحق.

ولو رجعت أو رجع المرتد قبل قضاء القاضي بلحاقتها ^(٨)، فهو على إذنه؛ لأن بعد اللحق تتوقف ولايتها عندهم، لأنه توقف ملكهما ^(٩) فتوقف إذنهما ^(١٠)، ولو ارتد العبد المأذون فباع واشترى ثم أسلم جاز، وإن قتل في رده بطل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي قولهما رحمهما الله تعالى: جائز، [وهذا] ^(١١) بناء على أن ولاية بيع المولى برده العبد هل تتوقف؟ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: تتوقف حتى إذا باع العبد المرتد أسلم نفذ ^(١٢) بيعة، وإن قتل بطل، ولو زالت ولاية بيع المولى على البنت كما في الإرق يزول الإذن على البنت فيزول الإذن على التوقف، وعندهما: لم تزل الولاية حتى لو باع نفذ البيع في الحالين، فلا يزول الإذن.

- | | |
|---|---|
| (١) في «أ»: ساقطة، وهي زيادة في «د» | (٧) في «د»: الإذن، وفي «أ»: الأول وب في «د» |
| (٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | قد أثنائه في المتن |
| (٣) في «د»: قولهما. | (٨) في «د»: بلحاقتها. |
| (٤) في «د»: حتى. | (٩) في «أ»: ملكها |
| (٥) في «د»: عندهما، وما في «أ»: أصح. | (١٠) في «د»: تتوقف إذنهما |
| (٦) في «د»: عبد الغير، وفي «أ»: كما هو أعلاه. | (١١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| بيع العبد وقد تركها النص على حاله. | (١٢) في «د»: بعد. |

إذا اشترى رجلان على أن يتصرفا معاً في شركة^(١) معاوضة كانت أو شركة عند، ثم أذن أحد الشريكين لعبد من شركتهما في التجارة، ثم حجر عليه شريكه حار حجره؛ لأن تصرف أحدهما فيما دخل تحت الشركة كتصرفهما جميعاً. ألا ترى أنه لو باع أحدهما، فمسخ الآخر مع المشتري جاز، ولا يجوز حجر رب المال على عبد المضارب^(٢) إن أذن له المضارب؛ لأن حجره على عبد المضارب^(٣) كحجره على المضارب، وحجره على المضارب لا يعمل إذا كان مال المضاربة عروضاً.

ولو حجر المولى على مأذون مأذونه لم يجز كان على الأول دين أو لم يكن، لأن هذا حجر خاص ورد^(٤) على الإذن العام، فلا يعمل ما دام الثاني في يد الأول كما لو قال حجرتك عن بيع الثاني، فإن قبضه بعدما حجره، ولا دين على الأول فقبضه حجر على الثاني؛ لأن المولى يملك نزع الكسب من يده في هذه الحالة، ومنى ملكه^(٥) التحق هذا بسائر أملاكه، فينفذ حجره، وإن كان على الأول دين رد^(٦) [وهو] على إذنه؛ لأن المولى لا يملك نزع شيء من كسب عبده المأذون إذا كان عليه دين، فإذا لم يملك جعل وجود هذا النوع وعلمه بمنزلة.

ولو أذن الوصي لليتيم أو لعبد، ثم مات، وأوصى إلى آخر، فموته حجر عليه، فرق بين هذا وبينما إذا أذن القاضي، ثم عز، أو جن، فهو على إذنه. والفرق: [وهو] أن القاضي في الإذن كان نائباً من جهة من يجوز إذنه، وهو الإمام الأكبر، فيكون بمنزلة التوكيل^(٨) عنه في الإذن، وموت الوكيل لا يوجب بطلان الإذن ما دام الموكل حياً من أهل الإذن. والإمام الأكبر إذا مات لا يبطل الإذن؛ لأنه نائب من جهة من^(٩) يجوز إذنه وهو جماعة المسلمين، فكان بمنزلة الوكيل عنه، وموت الوكيل لا يوجب بطلان الإذن ما دام الموكل حياً من أهل الإذن. أما الوصي [نائب] من^(١٠) جهة من^(١١) لا يجوز إذنه، وهو الصبي، فإذا مات لم يبق للصبي إذن، والمأذون لا يبقى مأذوناً إذا لم يبق له إذن، والوصي الثاني قثم مقام الصبي بسبب مؤبد^(١٢) فلا يوجب ذلك^(١٣) بقاء الإذن الأول.

ولو أذن رجل لعبد ابنه الصغير، ثم مات ابنه، فورثه أبوه، فذلك حجر عليه؛ لأن لإذن من الأب صح في ملك الصبي.

ميزول بزوال ملك الصبي، وكذلك لو اشتراه منه؛ لأنه زال عن ملك الصبي ولو أدرك^(١٤) الصبي بعدما أذن أبوه لعبد، فهو على إذنه. فرق بين هذا وبينما إذا مات الأب أو

- | | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| (١) في «أ»: مطبوعة | (٨) في «د»: الوكيل. |
| (٢) في «د»: المضاربة. | (٩) في «د»: ساقطة. |
| (٣) في «د»: المضاربة. | (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٤) في «د»: ويرد. | (١١) في «د»: ساقطة. |
| (٥) في «د»: ملك. | (١٢) في «د»: جديد. |
| (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٣) في «د»: ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٤) في «أ»: مطبوعة. |

جن، ولم يدرك الضبي. والفرق: أن ثمة إنما يطل الإذن، لأنه لم سق للمعد إذن، لأن الأب الذي^(١) هو نائب الابن في الإذن قد مات، والابن إن كان حياً لا يمكن أن يجعل يد له؛ لأن إذنه لا يصح، والمأذون لا يبقى مأذوناً من غير إذن. هذا المعنى هنا معدوم، لأنه إن زالت ولاية الأب بالبلوغ والضبي من أهل الإذن، فأمكننا أن نجعل للضبي إذناً بعد البلوغ، وإن مات أبوه بعد ما أدرك ابنه، فهو على إذنه؛ لأنه لما بلغ^(٢) الابن صار العلاء مأذوناً من جهة الابن حكماً فلا يبطل إذنه بموته.

وأما فيما يملك العبد المأذون والضبي المأذون، وفيما لا يملك:

ليس للعبد المأذون أن يكتب إلا أن يجيزه المولى، ولا دين عليه، فيكون مكاتباً على المولى؛ لأن الكتابة عقد فك الحجر من حق التصرف بالمال، فلا يدخل تحت الإذن [بالتجارة]^(٣) فإن الحق العبد دين بعد ذلك فليس للفرماء فيما على المكاتب حق، لأن المولى قد انتزعه من يد العبد بعقد الكتابة، فصار كسائر أموال المولى، فإن أدى المكاتب^(٤) جميع المكاتب قبل إجازة المولى لم يعتق؛ لأن الثفاذ موقوف على إجازته، وإن أجاز المولى [الكتابة]^(٥) وعلى العبد دين محيط لم^(٦) تصح إحارته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمه الله تعالى: تصح، وعنى المكاتب، وضمن المولى قيمته الفرمة والمكتبة الذي قبض العبد للفرماء أيضاً؛ لأنه كسب العبد، وإن لم يكن عليه دين محيط عتق المكاتب أيضاً، ويضمن المولى قيمته لما قلنا في الإعتاق.

وليس للعبد المأذون أن يهب دراهم، ولا يتصدق، ولا يكسو ثوباً؛ لأنه ليس من التجارة، وإنما تجوز هديته في الطعام اليسير الذي يفعله التجار إذا وهب أو أطمع استحساناً؛ لأن حال التجار لا يتفك عنه.

واختلفوا في اتخاذ الضيافة اليسيرة. قال بعض المشايخ: إنما يعرف ذلك بمقدار ما كان في يده من مال التجارة إن كان مال تجارة مثلاً: عشرة آلاف درهم، فاتخذ ضيافة بمقدار عشرة دراهم كان يسيراً، وإن كان مال تجارته مثلاً^(٧) عشرة دراهم، فاتخذ الضيافة بدانق كان كثيراً، فينظر في العرف في قدر^(٨) مال التجارة، وأما التصديق: فيتصدق بالفلوس، وبالزغيف، وبالفضة بما دون الدرهم، وفي عرفنا بما دون الفطريفي والعلي. ولا بأس للمرأة أن تصدق في^(٩) منزل الزوج بالشيء اليسير كالزغيف، ونحوه؛ لأن الإذن فيه^(١٠) ثابت عرفاً، ولا يجوز حظ العبد المأذون إلا بعيب؛ لأن الحظ تبرع ليس من صم التجار، ومثل هذا التبرع غير داخل تحت الإذن بخلاف الإعارة^(١١) والتأخير؛ لأنه من صم

(١) في ٥٥. ساقطة.

(٢) في ٥١: ما، وفي ٥٥: بلغ وقد أنبأ الأخير

(٣) في ٥١. ساقطة، وهي في ٥٥.

(٤) في ٥٥: أدى المكاتب. وفي ٥١: أخذ الموكل والمثبت ما في ٥٥.

(٥) في ٥١: ساقطة، وهي في ٥٥.

(٦) في ٥٥: ساقطة.

(٧) في ٥٥. ساقطة.

(٨) في ٥٥. مصر

(٩) في ٥٥. ص

(١٠) في ٥٥. ساقطة.

(١١) في ٥٥. الإعادة

التجار؛ لأنهم يحتاجون بالتأخير لاستخراج الذبون من الناس، وكما دخل تحت الإذن بالتجارة التحارة^(١) دخل ما كان من صنع التجار، وإن لم يكن تجارة. أما هنا لا إلا^(٢) إذا كان الحط بالعيب^(٣) فإن هذا من صنع التجار. هذا إذا كان مقدار^(٤) المحطوط ما يخص^(٥) العيب من الثمن. أما إذا كان أكثر بحيث لا يتغابن الناس في مثله. اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: كما لو باع بمحاباة فاحشة، ومنهم^(٦) من قال: لا يجوز في قولهم جميعاً.

ولو اشترى من رجل متاعاً، فوهب الثمن منه أو من مولاه، جازت هبته، عليه دين أو لم يكن. أما منه؛ فلأن الواهب من أهل التبرع والعبد من أهل السرع عليه، وأما من المولى؛ فلأنه وإن وهب الذين من غير من عليه الذين حقيقة فقد وهب الذين ممن عليه الذين حكماً؛ لأن الذين وإن كان على العبد حقيقة إلا أنه على المولى من حيث الحكم؛ لأن المستحق بهذا الذين مال المولى، وهو رقبته وكسبه، فصار بمنزلة غريم الميت، إذا وهب الذين من الوارث يصح سواء كان الذين^(٧) مستغرقاً أو لم يكن؛ لأن الذين على الوارث حكماً؛ لأنه يستحق ماله أو حقه، ولو رد العبد هبته، أو وهب من مولاه، فردّه المولى بطلت الهبة؛ لأن هبة الذين ترد بالرد، ولو قبل العبد الهبة أو المولى، ثم وجد العبد بما اشترى عيباً لم يقدر على رده؛ لأنه لو رد بالعيب يرد^(٨) بغير ثمن؛ لأنه وصل إليه بالهبة عين ما كان يستحقه بالرد، وهو براءته عن الثمن، فلا يستحق بالرد شيئاً. هذا إذا كان الثمن غير مقبوض، وإن قبض الثمن فوهب للمولى [كان للمولى] دون غرماء العبد؛ لأنه كسب المولى، وإن وهب^(٩) من العبد كان لغرمائه؛ لأنه كسب^(١٠) العبد، فإن وجد به عيباً كان له أن يردّه ويأخذ الثمن منه إن كان ذلك دراهم أو دناتير أو مكيلاً أو موزوناً بغير عينه؛ لأنه لو رد بالعيب لرد بالثمن؛ لأنه لم يسلم [له]^(١١) بالهبة عين ما يستحقه بالرد، فإنه كان يستحق بالرد مثل المقبوض لا عينه، وقد سلم له بالهبة عين المقبوض.

ولو باع العبد جارية بسلام فوهب العبد الغلام من بائعه، فهذا أنقص للبيع، وهو إقالة؛ لأن مشتري الغلام لو كان حرّاً وقد وهب الغلام من البائع قبل القبض جعل إقالة، وإن كان هو من أهل الهبة [أصلاً]^(١٢) فلا يجعل هذا إقالة من العبد وهو ليس من أهل الهبة^(١٣) كن ذلك أولى، وإن لم يقبل الإقالة فالبيع على حاله؛ لأن الإقالة لا تصح إلا بقبول، فإذا لم يصح بقي البيع، ولو كان الحرّ وهب الجارية من العبد فهذا إقالة أيضاً إن

- | | |
|-----------------------------|------------------------------------|
| (١) في دة: ساقطة. | (٨) في دة: لرد |
| (٢) في دة: [لا إلا]: ساقطة. | (٩) في دة: وهب |
| (٣) في دة: عيب. | (١٠) في دة: كسبه. |
| (٤) في دة: المقدار. | (١١) في دة: ساقطة، وهي في دة |
| (٥) في دة: يحقن. | (١٢) في دة: ساقطة، وهي في دة |
| (٦) في دة: ساقطة. | (١٣) في دة: فلا يجعل. من أهل الهبة |
| (٧) في دة: ساقطة. | ساقطة |

قبل الهبة، كان عليه دين أو لم يكن؛ لأنه لو كان مكان العبد حرًا^(١) كان إقالة فكداً ما، ولو وهبها من المولى لم يكن إقالة، والبيع على حاله، والحارية للمولى دون الغرامة ويقبض العبد الغلام إذا كان على العبد دين؛ لأنه أمكن الجمع بحقيقة الهبة، وبعد بمجارها وهو الإقالة؛ لأن بيع المأذون الجارية، وعليه دين لا يكون لبيع المولى بوجه. ما، فصار مشتري الحارية واهباً المبيع قبل القبض من غير البائع وأمره بالقبض، فيمكن العمل بحقيقة الهبة، وتعدّل العمل بمجارها، وهي الإقالة، فإن لم يكن على العبد دين كن إقالة؛ لأن بيع المأذون ولا دين عليه كبيع المولى من وجه، فصار هبة المشتري الجارية من المولى كهبة من العبد.

ولو وهب من العبد الحارية صارت كناية عن الإقالة كذا هنا.

وليس للعبد المأذون أن يكفل بمال ولا نفس؛ لأن الكفالة تبرع اشتداء ولا تعرض؛ لأنه إعارة والإعارة تبرع.

ولا يعتق على مال؛ لأنه إيجاب الذين في ذمة المفلس، فيكون إبراء لحق فإن أحازه السيد ولا دين عليه جاز كما في الكتابة.

ولو أعار دابته فلا بأس به؛ لأن حال التاجر لا ينفك عنه.

وليس [له]^(٢) أن يتزوج ولا يزوّج أمته عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ومحمد رحمه الله تعالى؛ لأنه ليس بتجارة، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يزوّج الأمة؛ لأن الأمة مال بجميع منافعها.

ولو زوج العبد المأذون أمته من عبده لم يجز من قولهم [جميعاً]^(٣)؛ لأنه لا يجب للمولى على عبده دين^(٤)، فكان إزالة البضع عن ملكه بغير عوض، وكذلك الأب والقاضي إذا زوّجا أمة الصغير من عبده لم يجز لما قلنا.

ويجوز أن يأخذ المال مصاربة، وأن يدفع مضاربة، وأن يشارك شركة العان؛ لأنه من التجارة، ولا يملك المفارضة، لأنها تتضمن الكفالة، فلا تصح منه.

ولو اشترك عبدان شركة عنان على أن يشتريا بالنقد والتسيئة حاز ما اشتريا بالنقد وما اشتريا^(٥) بالتسيئة له خاصة؛ لأن في الشركة معنى الوكالة، والعبد المأذون إذا توكل عن غيره بشراء النقد جاز، وبشراء التسيئة لا يجوز، ويقع له^(٦) لما مرّ أنه يشبه التبرع في حق الأمر.

وأما فيما [يملك]^(٧) الأب والوصي والقاضي من الإذن والمجبر، وفيما لا يملك

ولو أدن الأب أو الحد أب الأب إن لم يكن له أب أو وصي الأب لعبد اليتيم هي

(١) في «أ»: الحر، وفي «د»: حرّاً، وأثبتنا الأخير. (٥) في «د»: بالنقد، وما اشتريا: ساقطة

(٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٤) في «د»: شيئاً.

(٥) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: ساقطة.

التجارة حاز، لأن الإذن في التجارة من التجارة، ولهؤلاء ولاية التجارة، فكان لهم ولاية الإذن، ولا يحوز إذن الأم وأخته وعمه ولا خاله، لأن هؤلاء ليس لهم ولاية التجارة، فلا يكون لهم ولاية الإذن.

الصبي الذي يعقل الشراء والبيع مثل الكبير في حواز الإذن، وتفسير قولنا يعقل الشراء^(١) والبيع. بأن عرف أن البيع سالب للملك، والشراء جالب للملك وعرف العن اليسير من الفاحش لا نفس العبارة، فإن ما من صبي لقن البيع والشراء لا ويتلقنها هذا، إذا أذن هؤلاء لعبد الصغير، وكذلك الأب إذا أذن لابنه الصغير في التجارة يجوز عندنا، ويحوز إذن القاضي؛ لأن له ولاية [التجارة]^(٢) فكان له ولاية الإذن.

إذا قال لعبد الصغير: اتجر في الطعام خاصة أو في السر خاصة، فهو عام، لأن الإذن^(٣) على هذا الوجه لو وجد من المولى صار مأذوناً في التجارات كلها، فكذا إذا وجد من القاضي المأذون في الترع إذا تصرف في نوع آخر، ثم وقعت الخصومة، فقضى القاضي بإبطال تصرفه في النوع ذلك، وقضى بكونه مأذوناً في نوع واحد، ثم رفع^(٤) إلى قاض آخر أمضاه؛ لأن قضاء الأول وقع في محل مجتهد فيه، فإن بين السلف في هذا اختلافاً؟ [كان شريع يقول:]^(٥) الإذن في النوع لا يكون إذناً في الأنواع كلها.

ولو أذن أمير الشرط، أو والي لم يول القضاء لبيتم لم يجز؛ لأنهما ليس لهما ولاية^(٦) التجارة في مال الصغير، فلا يكون لهما ولاية الإذن.

ولو أذن للمعتوه ابنه، وهو يعقل الشراء والبيع، وقد كبر ابنه لم يجز، ولو أذن له أبوه، جاز؛ لأنه ليس للابن التصرف في مال الأب، والمعتوه إنما له ولاية التزويج للأب المعتوه لا غير، فلا يصح إذنه، بخلاف الأب؛ لأن له ولاية التصرف في مال ابنه^(٧).

ولو أذن قاض لصبي في التجارة، وله أب أو وصي^(٨) أبيه ذلك، ولم يرضيا، فهو مأذون؛ لأن الإذن في التجارة حق الصبي قبل الولي، فإذا طلب من الأب وأبى صار الأب عاصياً، فانتقلت الولاية إلى القاضي كالولي في باب النكاح، وحجرهما عليه لا يجوز في حياة القاضي، وبعد موته، أو عزله؛ لأن الحجر فسخ الإذن، وإنما يصح من يصح^(٩) من الإذن، والإذن صح من القاضي، ولو حجر عليه القاضي بعد عزله لم يحز حجره وحجره إلى القاضي الثاني؛ لأنه إنما صح الحجر لولاية القضاء^(١٠)، ولم يبق للأول والثاني نائب^(١١) عن الإمام الأكبر، فكما يصح الحجر من الإمام الأكبر يصح من الذي قام مقامه

- (١) في «د»: ساقطة.
(٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: إذا قال العبد... فهو عام؛ لأن الإذن ساقطة.
(٤) في «د»: دفع.
(٥) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٦) في «د»: ولاه.
(٧) في «د»: مال الأب.
(٨) في «د»: أو قاض، وفي «د»: أو وصي وقد أثبتنا ما في «د».
(٩) في «د»: صحت.
(١٠) في «د»: القاضي.
(١١) في «أ»: نائب، وفي «د»: نائب وقد أثبتنا الأخيرة.

وأما بيع القاضي العبد المأذون المديون:

إذا لحق العبد المأذون ديون قبل لمولاه: بعه في الديون أو أقضه من مالك إن لم يكن في يد العبد وفاء بالدين؛ لأن هذا دين وحب في ذمة العبد وطهر^(١) الوجوب في حق المولى، فيتعلق الدين^(٢) برقبته عند عدم الكسب كدين الاستهلاك، ولا يجوز بيعه إلا برم الغرماء، أو بأمر القاضي؛ لأن للغرماء حق استسعاء العبد بديونهم وربما لا يفي النمر بحقوقهم فكان لهم استسعاء لعبد^(٣) حتى يصل إليهم كمال حقهم، وهذا الحق يظل عليه ببيع المولى، واحتيج إلى رضاهم، فرق بين هذا وبينما إذا باع العبد الجاني، وهو عائد بالجناية، فإنه يصير مختاراً للفداء، وهنا لم يصر حتى لا يلزمه قضاء ديونهم من ماله. والفرق: أن البيع مع العلم دلالة اختيار الفداء، لكن لو رضى المولى على أن يفدي عن العبد المأذون المديون، لا يلزمه أن يفدي، وفي العبد الجاني: يلزمه، فكذا إذا ثبت دلالة، ولا يجوز البيع إلا برضى الكل كالعبد المشترك.

ولو باعه القاضي للغرماء الذين حضروا، وبعضهم غائب حبس حصة الغائب من ثمنه؛ لأن ثمن العبد مشترك بين الحضور وبين الغائب، فيدفع إلى الحضور حصته، ويحبس حصة الغائب ولا يبيع القاضي المأذون له إلا بحضرة مولاه؛ لأن الخصم في ربة العبد المولى، فلا يجوز البيع [إلا]^(٤) بحضرة نائبه.

ولو باعه مولاه بغير أمر الغرماء وقبضه^(٥) المشتري، ثم جاء الغرماء يطلبون، فوجدوه في يد المشتري، ومولاه غائب، أو وجدوا مولاه، والمشتري غائب، وقبض العبد، فلا حصومة بينهما في ربة العبد حتى يحضر الثلاثة في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: الساع والمشتري والغريم، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هكذا، إلا أنه قال: إن وجدوا المشتري والعبد في يده، والساع غائب، كان لهم أن يبيعوه في دينهم، ثم يرجع المشتري على الساع بالثمن. أبو يوسف يقول: المشتري مالك للعبد؛ لأنه ملكه بالشراء أو القبض؛ لأن بيع الثمر كان فاسداً، والمبيع يملك بالشراء الفاسد [والقبض]^(٦) فينتصب خصماً لمن يدعي حقاً في العبد. هما يقولان: إنا لو جعلنا المشتري خصماً للغرماء^(٧) في الابتداء أدى إلى أن يصير خصماً في الانتهاء؛ لأننا إذا جعلنا خصماً في الابتداء^(٨) وقضنا البيع عاد العبد إلى قديم من البائع، والغرماء مع المشتري متصادقين على أن الملك فيه للبائع، فحينئذ لا يبقى المشتري خصماً للغرماء^(٩) لا في بيع العبد ولا في استسعائه؛ لأن ذا اليد لا ينتصب خصماً للمدعي في دعوى الملك متى تصادقا أن الملك^(١٠) في المدعي به للغائب.

(١) في دأ: حق.

(٢) في دأ: ساقطة.

(٣) في دأ: بديونهم... استسعاء العبد: ساقطة.

(٤) في دأ: ساقطة، وهي في دأ.

(٥) في دأ: أو قبضه.

(٦) في دأ: ساقطة، وهي في دأ.

(٧) في دأ: ساقطة.

(٨) في دأ: ساقطة.

(٩) في دأ: ساقطة.

(١٠) في دأ: ساقطة.

ولو قدروا^(١) على الساع كان لهم أن يضمّنون قيمته في قولهم؛ لأن المولى في البيع أنلف عليهم [حقهم]^(٢) في الاستسعاء، فيضمن قيمته لهم، وكان خصماً لهم في ذلك، لأن القيمة إنما تؤخذ من ملك البائع، فينتصب هو خصماً في ذلك.

ولو باعه أمين القاضي، وهلك الثمن في يده، ثم وجد المشتري به عيباً يردّه^(٣) بنعمه مرة أخرى. أما المشتري من أمين القاضي إذا أراد أن يردّه بالعيب، فالقاضي ينصب أميناً ليردّه عليه إما البائع، وإما غيره، وليس للمشتري على البائع من غير نصب القاضي؛ لأن الرد بالعيب من العهدة، وأمين القاضي لا تلحقه العهدة، هذه إذا جعله القاضي أميناً في بيع هذا العبد. أما إذا قال له القاضي: بيع هذا العبد، ولم يقل: جعلتك أميناً، فباع بأمر القاضي هل تلحقه العهدة؟ فالصحيح: أنه لا^(٤) تلحقه العهدة، فإذا نصب القاضي الأمين البائع خصماً ليردّه عليه المشتري بالعيب، فرد فإن القاضي يأمر الأمين [بأن يبيع]^(٥) مرة أخرى، ويقبض المشتري الثمن من ثمنه، لأنه لا يتوصل القاضي إلى إيفاء حق المشتري إلا ببيع هذا العبد، فيأمر بالبيع، فإن زاد دفع إلى الغرماء زيادته^(٦) بإذنه^(٧)؛ لأن حقهم كان متعلقاً بالعبد^(٨)، وإنما ينقطع بسبب البيع، وقد انسخ البيع من كل وجه، فصار حقهم معلقاً به، وإن نقص رجع على الغرماء؛ لأن البيع وقع للغرماء فإذا تباعدت العهدة عن البائع؛ لأنه أمين القاضي رجعت العهدة إلى من وقع البيع له، وكذلك لو باعه مولا بأمرهم إلا أن الأمين لا يضمن النقصان، والمولى يضمن النقصان، ثم يرجع به على الغرماء. أما ضمان المولى النقصان؛ لأن المولى^(٩) كان وكيلاً بالبيع من جهة الغرماء، فترجع العهدة عليه، وأما رجوعه على الغرماء؛ فلا لأنه كان وكيلاً عنهم في هذا البيع.

ولو باع مولا [العبد]^(١٠) بغير أمرهم^(١١) وغيبة^(١٢) المشتري، فإن شأؤوا ضمنوا^(١٣) المشتري قيمته، وإن شأؤوا ضمنوا البائع، لأن البائع عاصب في حق الغرماء؛ لأنه تعلق بهذا العبد حق الغرماء، والحق ملحق بالحقيقة في حق إيجاب الصمان، وقد سلمه إلى غيرهم بغير رضاهم، والمشتري غاصب الغاصب؛ لأنه قبض بغير إذنهم، فكان للغرماء حبار، فإن ضمنوا البائع قيمته، ثم رده على المشتري عليه [بعب]^(١٤) بقضاء قاض^(١٥) يردّ العبد على الغرماء، ويسترد القيمة؛ لأنه زال^(١٦) سبب الضمان، وهو التسليم.

(١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(١١) في «د»: أمرهم
(١٢) في «د»: وعينه
(١٣) في «د»: صموا، وفي «أ»: ضمّنوا،
وأثبتنا ما في «د».
(١٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(١٥) في «د»: ساقطة.
(١٦) في «أ»: قال ولعله تصحيح وقد أثبت
ما في «د».

(١) في «د»: قدراً
(٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: ساقطة.
(٤) في «د»: ساقطة.
(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٦) في «د»: ساقطة.
(٧) في «ج»: ساقطة، وهي في «أ» و «د».
(٨) في «د»: بالعبد، وفي «أ»: بالعقد وأثبتنا ما في «د».
(٩) في «د»: المتولي

وأما فيما يضمن المولى بالتصرف في المأذون وفيما لا يضمن:

ولو أعتق المولى عبد عبده التاجر جاز عتقه إن كان الدين عليه^(١) مستغرقاً أو لم يكن ويضمن قيمته في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز عتقه إن كان الدين مستغرقاً، أما إذا لم يكن الدين مستغرقاً، حار العتق، لأن الدين إذا لم يكن مستغرقاً لا يمنع ملك المولى، فالعتق لا يلقى ملكه، أما إذا كان الدين مستغرقاً عند أبي حنيفة يمنع ملك المولى فالعتق لم يلاق ملكه، وعندهما رحمهما الله تعالى: لا يمنع، فالعتق لا يلقى ملكه.

ولو وطئ جارية عبده، فولدت منه، صارت أم ولد له، وضمن قيمتها مستغرقاً كان دينه أو لم يكن في قولهم. فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى: بين الاستيلاد، وبين الإعتاق، والفرق: أنه لو لم يكن للمولى حقيقة الملك في هذه الجارية، وله فيها حق ملك. ألا ترى أنه لو تزوج بها لا يجوز، وحق الملك يكفي لنفاذ^(٢) الاستيلاد، ولا يكفي لنفاذ العتق ولو اشترى العبد المأذون عبداً، فادعى^(٣) المولى نسبه، فهذا وإعتاقه سواء؛ لأن العلق إذا لم يكن حصل في ملك المولى حقيقة وشبهة كان هذا دعوة إعتاق، فينظر: إن كان المولى يملك الإعتاق بأن لم يكن عليه دين مستغرق تصح الدعوة، وإن كان لا يملك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، بأن كان عليه دين مستغرق لا تصح الدعوة.

الفصل الثاني

فيما يصح إقرار العبد التاجر، وفيما لا يصح إلى آخر الفصل

إذا أقر العبد التاجر أنه اشترى جارية هذا الرجل، وهي بكر، فافتضاها لزمه العقد كغيره من الديون إذا استحققت الجارية؛ لأن العقد دين لزمه بسبب الشراء، فإنه لو لا الشراء كان عليه الحد، فأشبه الثمن، فيؤخذ به للحال.

ولو أقر بوطء بوجه النكاح، وأنه افتضاها لم يلزمه؛ لأنه أقر بدين يلزمه بسبب النكاح، والنكاح غير داخل تحت الإذن في التجارة. فقد [أقر]^(٤) بالدين بسبب هو محذور عنه، فلا يؤخذ به للحال.

ولو أقر أنه افتضى أمة رجل بأصبعه غاصباً، كان إقراره باطلاً في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إقراره حائز. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: الأمة مال، والعذرة جزء منها، فكانت مالا، فقد أقر بالشئان [عوضاً]^(٥) عما هو مال، فيؤخذ به للحال، بخلاف ما لو أقر بالافتضاى بالنكاح، لأن العذرة ثمة تلفت^(٦) تبعاً بالنكاح

(١) في «هـ»: ساقطة. (٢) في «هـ»: إنفاذ. (٣) في «هـ»: فادعاء. (٤) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». (٥) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». (٦) في «هـ»: تكون.

للمستحق، والمستحق بالكساح ليس بمال في مال تلف^(١) تبعاً له كان له حكم المشتري، فلا يظهر كونه مالاً. هما رحمهما الله تعالى يقولان: [إنه]^(٢) أقر بإتلاف جزء من الأدمي، فلا يصح إقراره في الحال، كما لو أقر^(٣) بإتلاف سائر أجزاء الأمة، والجامع أن المعتبر في سائر الأجزاء معنى الأدعية دون المالية، فكان هذا ضمان جنائية، فلا يؤخذ به للحال.

ولو أقر بعبد في يديه أنه حر الأصل، وعليه دين، صدق فيه؛ لأن ثبوت الحرية الأصلية لا تكون مضافاً إلى إقراره، وإنما أنكر ثبوت الرق والملك له عليه، فيقبل قوله.

ولو اشترى عبداً من رجل، ثم قال: إن البائع كان أعنته، أو دبره، أو كانت أمة، فقال: إنها كانت ولدت منه، لم يصدق المأذون على شيء من ذلك، ويبينه؛ لأن إقراره على البائع لم يصح، بقي هذا إنشاء، وهو لا يملك الإنشاء، فبقي فناً كما كان، وإن صدقه البائع انتقض البيع، فردّ عليه الثمن؛ لأن العبد ادّعى على البائع وجوب ردّ الثمن وصدقه البائع، فلزمه الرد.

ولو قال: هو لفلان باعه أولاً منه صدق عليه إذا ادّعى فلان؛ لأن المأذون أقرّ على البائع بفساد البيع وردّ الثمن، وعلى نفسه بالعين الذي في يديه للمقرّ له، فلم يصح الإقرار على البائع، لأنه دعوى، وصح الإقرار على نفسه بما في يده.

ولو باع العبد المأذون من رجل عبداً، فقال المشتري: هو حر، وصدقه العبد المأذون، لم يصدق العبد؛ لأنه^(٤) أقرّ بفساد البيع وجوب أداء الثمن ضماناً للإقرار بحرية العبد، ولم يصح منه الإقرار بحرية العبد؛ لأنه أقرّ^(٥) بحرية طارئة [لم تصح]^(٦)، فإنه طهر فيه أمارات الرق، وهو: البيع والتسليم إلى المشتري، وإقرار العبد بحرية طارئة لم يصح فلم يثبت ما كان في ضمنه، بخلاف ما تقدم أنه إذا أقرّ أنه حر الأصل لم يملك قط؛ لأن ثمة لم يوجد إلا مجرد اليد والمأذون كما ثبتت يده على الرقيق ثبتت يده على الحر، فإنه يودع عنده الحر [كما]^(٧) يودع عنده الرقيق، ويستأجر الحر كما يستأجر الرقيق.

ولو أقرّ لابن مولاه، أو لأبيه بوديعة، أو دين، وعليه دين، صدق؛ لأن المولى من عبده يتزوّج منزلة الوارث من الموروث، والمورث المريض إذا ما^(٨) أقرّ لابن وارثه، أو لأبيه صخ، فكذا العبد.

ولو أقرّ لواحد منهم، ولا دين عليه، ثم لحقه دين، فإن كان المقرّ له مولاه أو عبده، بأن أقرّ لمولاه أو لعبده بالدين، بطل إقراره. أت إذا أقرّ بالعين، والمسألة بحالها لم يطل إقراره حتى كان المولى أحقّ بهذا العين من الغرماء^(٩)، والفرق أن هذا إقرار لمولاه.

- (١) في «د»: مما تلف.
(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: أمر، وهي «د»: أقرّ وقد أثبتنا الأخير في «د».
(٤) أي: العبد كما هو مصرح به في «د».
(٥) في «د»: لأنه أقرّ.
(٦) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٧) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٨) في «د»: ما: ساقطة.
(٩) في «د»: في الغرماء. ساقطة.

والمولى لا يجوز أن يستوجب على عبده ديناً، ويجوز أن يستوجب مطالبة بتسليم عين إليه، وفائدة صحة الإقرار بالعين: أن لا يتعلق به حق الغرماء إذا لحقه دين، وإن كان الحق له عبداً لمولاه، وعليه دين، أو مكاتباً صدق عليه إذا لم يكن على العبد المقر دين (وفت الإقرار ثم لحقه دين) ^(١)؛ لأنه لم يجعل ^(٢) مقرراً للمولى العبد، وإنما جعل ^(٣) لغرمائه، ويجوز أن يثبت لغرماء العبد المقر له دين على هذا العبد ^(٤) المقر، وكذلك إبيه أو أمه، صدق عليه؛ لأنه لم يجعل ^(٥) مقرراً للمولى.

ولو أقر المأذون لابن نفسه أو أبيه أو مكاتب لابنه، لم يجز شيء مما أقر به [له] ^(٦) كان عليه دين أو لا دين عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: يجوز ولقب المسألة بأن إقرار العبد المأذون لمن لا تجوز ^(٧) شهادته له من أقاربه لو كان حراً هل تصح؟ وعلى هذا الخلاف.

أحد المتفauوضين إذا أقر لمن لا تقبل شهادته [له] ^(٨) من أقاربه والمضارب. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إنه أقر لمن لا يخلفه في اكتسابه، فيصح إقراره كما لو أقر لأجنبي. وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن بينهما سبباً موجباً ^(٩) زيادة تهمة، فوجب ^(١٠) أن لا ينفذ إقراره في حق الغير فلا تقبل شهادته له على غيره، وهذا الإقرار لو صح ينفذ في حق الغير، وهو المولى إن لم يكن عليه دين، والغرماء إن [كان] ^(١١) عليه دين، لأن كس في الوجه الأول: للمولى، وفي الوجه ^(١٢) الثاني للغرماء.

ولو أذن العبد التاجر لجارية له في التجارة، ولحقها دين، فأقر أحدهما لصاحبه بالدين أو الوديعة حاز إقرار العبد لها، ولم يجز إقرار الجارية؛ لأن العبد من التجارة ينزل منزلة المولى من العبد المأذون المديون، وإقرار المولى لعبده المأذون المديون بالدين [والعين جميعاً صحيح كان على المولى دين أو لم يكن فيصح أيضاً إقرار العبد للتجارة وإقرار المأذون المديون لمولاه بالدين] ^(١٣) والعين لا يصح إذا كذب الغرماء، فكذا إقرارهما للعبد.

ولو أذن رجل لعبد في التجارة، فلحقه دين أو لم يلحقه، ثم أقر بدين كان عليه وهو محبور من قرض، أو غصب، أو رديعة استهلكها، أو عارية أو مضاربة خالف فيها وإن كذب رب المال، وقال: هذا كله في حال إذتك لم يصدق العبد في شيء من ذلك، ولزمه كله في الحال؛ لأنه مأذون أقر بالدين، لأن ما أقر به لو ثبت معاينة أو باليثة يجب عليه الدين.

ولو ادعى التأخر والأجل إلى حالة العتق، ورب المال ينكر الأجل، فكان القول

- | | |
|--------------------------------|---------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٢) في «د»: يحصل. | (٩) في «د»: بوجب. |
| (٣) في «د»: حصل. | (١٠) في «د»: بوجب. |
| (٤) في «د»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «د»: يحصل. | (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٧) في «د»: لا تقبل. | |

فوق رب المال، ولو صدقه رب المال لزمه الغصب خاصة، ويتأخر ما^(١) سواء إلى حانة عتقه؛ لأن غصب المحجور والمأذون في حق مؤاخنة العبد بضمائه^(٢) للحال سواء، فقد أقر المأذون بدين يؤخذ^(٣) به للحال، فلزمه. وأما ما^(٤) سواء فقد صدقه رب المال في الأجل، فيتأجل إلى ما بعد العتق، وهذا الذي ذكرنا: قول أبي حنيفة ومحمد رحمته الله تعالى عليهما. فأما عند أبي يوسف رحمه الله تعالى: ضمان الوديعة وما شاكلها وضمان الغصب سواء يؤاخذ به^(٥) للحال، وكذا الصبي الذي يعقل البيع والشراء، والمعتوه يلزمه النفس في التصديق، والتكذيب يلزمه جميع ذلك كما قلنا في إقرار العبد المأذون إلا أن الصبي المأذون إذا أدرك^(٦) لا يلزمه شيء مما أقر به إلا الغصب والعبد يلزمه إذا اعتق، بالخاص: أن الصبي الذي يعقل البيع والشراء، والمعتوه إذا كان مأذونين في التجارة، فأقرنا على حسب ما أقر به العبد فيما تقدم كان الجواب فيهما من المصعب كالجواب^(٧) في العبد يؤاخذ به للحال في التصديق والتكذيب جميعاً؛ لأن غصبهما كغصب البالغ العاقل، وأما فيما^(٨) عدا الغصب: عند أبي يوسف فكذلك الجواب، وأما عند أبي حنيفة ومحمد رحمتهما الله تعالى: في التصديق لا يؤاخذ به للحال ولا بعد البلوغ والإفاقة، وفي التكذيب يؤاخذ به^(٩) للحال؛ لأنهما^(١٠) بهذه الإضافة بذعيان الإبراء بعدما أقرنا بالنسب الموجب للضمان، وهو استهلاكهما مال الغير بسبب التسليط، ففي التصديق تثبت البراءة، وفي التكذيب لم تثبت، بخلاف العبد الكبير حيث يؤاخذ به بعد^(١١) العتق في التصديق، لأن الإضافة من العبد إلى حالة الجحود^(١٢) دعوى الأحل من حيث المعنى، وليس بدعوى الإبراء، فإذا صدقه ثبت الأجل.

ولو أذن، ثم حجر عليه، ثم أذن له عبداً كان أو صبيّاً، فقال: استهلكك ذلك كله في حال إذن الأول، وكذبه المقر له أو صدقه، لزمه ذلك كله؛ لأنه أقر به وهو مأذون وأضافه إلى حال كان مأذوناً فيه، فأبي الحالين اعتبرنا يؤاخذ^(١٣) به للحال، ولو أذن لعبد، ثم حجر عليه ولا مال له في يديه، فأقر بذلك كله أنه فعل ذلك كله في حال إذنه، لم يلزمه شيء حتى يعتق، لأنه أقر به وهو محجور عن الإقرار، وليس في يده كسب، فلا يؤاخذ به إلا بعد الاعتاق، فإن أذن له مرة أخرى، سئل عن جميع ما أقر به^(١٤) إذا طلب المقر له من القاضي أن يسأله عن ذلك فإن قال: كان حقاً لزمه [ذلك]^(١٥) كله، وإن قال: كان باطلاً لم يلزمه شيء حتى يعتق، وكذلك الصبي والمعتوه؛ لأن في الوجه الأول وجد منه^(١٦)

- | | |
|---|--|
| (١) في د: ما: ساقطة. | (٩) في د: ساقطة. |
| (٢) في د: ضمانه. | (١٠) في د: لأنهما وفي د: لأن قد ثبت ما في د. |
| (٣) في د: يؤاخذ. | (١١) في د: ساقطة. |
| (٤) في د: ما: ساقطة. | (١٢) في د: الحجر. |
| (٥) في د: ساقطة. | (١٣) في د: يؤاخذ. |
| (٦) في د: أذن. | (١٤) في د: ساقطة. |
| (٧) في د: فيهما في المصعب كالجواب: ساقطة. | (١٥) في د: ساقطة، وفي في د. |
| (٨) في د: ساقطة. | (١٦) في د: مت. |

الإقرار في حالة الإذن، فيؤخذ به للحال. وفي الوجه الثاني لم يوجد، وإنما وجد في حالة الحجر، فيؤخذ به بعد العتق.

ولو حجر على عبده، وفي يده ألف درهم، فأقر به^(١) في حال حجره لرجل، أو أقـ [له]^(٢) بدين ألف درهم صدق بمقدار ما في يده في قول أبي حنيفة، ولم يصدق في قولهما. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن يد الإذن قد بطل بالحجر ويد الحجر لا يملك الكسب بالذين بدليل أنه لو كان محجوراً من الأصل، وفي يده كسب اكتسبه بالهبة أو بالصدقة^(٣) فأقر بما في يده أو بالذين لم يصح إقراره في حق هذا الكسب، فكذا هنا، ولهذا لا يصح إقراره في حق الرقبة، فإن كان في يده كسب حتى لو فصل الذين عن الكسب لا يتعلق بالرقبة؛ لأنه محجور، فكذا هنا، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن يد الإذن باقية في حق الكسب في حق الإقرار بالذين، فيملك شغله بالذين، وإنما قلنا ذلك، لأن يد العبد ثابتة حقيقة لو بطلت حكماً وصارت يد للمولى حكماً لبطلت^(٤) وصارت بالحجر والمولى إنما يملك إبطال يد العبد عن الكسب بشرط عدم الدين، لأنه حلف، وعدم الدين لم يثبت بالدليل بل احتمل الثبوت فلم يصح الحجر في حق إبطال اليد في حق الإقرار بالذين بخلاف الرقبة؛ لأن الرقبة في يد المولى، وإنما يتعلق الدين بالرقبة بالإذن في التجارة، وقد بطل الإذن في التجارة بالحجر فلم يتعلق.

وكذلك لو أذن له بعدما حجر عليه، وفي يده ألف درهم أعادها في الإذن الأول، فأقر أنه غصبها في الإذن الأول، صدق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولم يصدق في قولهما رحمهما الله تعالى، والألف للمولى، لأن الإذن الثاني ليس بإذن في كسب الإذن الأول؛ لأن الإذن أمر بالاكْتِسَاب في المستقبل، فلم يعمل الإذن الثاني في كسب الإذن الأول^(٥)، فصار وجود الإذن الثاني في حق كسب الإذن الأول، وعدمه بمنزلة، ولو عبده فأقر كانت المسألة على هذا الاختلاف لما قلنا، [فكذا هنا]^(٦).

ولو أقر العبد التاجر الكبير لرجل باستهلاك مال في حال حجره، وقال المقر له، في إذتك، لم يصدق العبد، ولو كان العبد صغيراً، أو حرّاً صغيراً، أو معتوهاً وهم مأذونون، فأقر واحد منهم باستهلاك شيء من ذلك في حال حجره وكذبه المقر له، لم يصدق المقر له، ولم يلزم المقر بشيء. يريد بهذه المسألة: إذا أقرروا في حالة الإذن إنا أقررناك باستهلاك مال^(٧) في حال^(٨) حجرنا، وقال [رب المال]^(٩): بل أقررتم في حال إذكم، والفرق: أن إقرار البالغ^(١٠) المحجور باستهلاك المال يرجب الضمان في الذمة ويشهد

(١) في «د»: بها (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٢) في «أ»: ساقطة. (٧) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: أو بالصدقة: ساقطة. (٨) في «د»: في ظل.

(٤) في «د»: وصارت... لبطلت: ساقطة. (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٥) في «د»: في كسب الإذن الأول. ساقطة (١٠) في «أ»: الناع، وفي «د»: البالغ، وقد أثبتنا الأخير

استيفاءه إلى ما بعد العتق [والعبد]^(١) الكبير المأذون أقر بوجود الضمان مدعى السأحين إلى ما بعد العتق، وأنكر المقر له، فكان القول: قول المنكر، فأما إقرار الضمي والمعتق المحذور باستهلاك المال لا يوجب الضمان، لا للحال ولا بعد العتق، فهما بهذا الإقرار يكران الضمان والمقر له يدعي، فكان القول: قول المنكر.

ولو أذن لعبده ثم حجر عليه، وفي يده ألف درهم، ثم أقر بدين ألف درهم، فإن أن حنيفة رحمه الله تعالى قال: إن لم يكن عليه دين، ولم يأخذ مولاة منه، جاز الإقرار بمقدار ما في يده ولا يصدق. لو كان عليه حتى يقضي أو أخذه مولاة منه، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز شيء من ذلك كما^(٢) لا يجوز بيعه وشراؤه وإحارته بعد الحجر. والمسألة قد مرت.

ولو حجر عليه، وفي يده ألف درهم، فأقر إقراراً متصلاً لرجلين لأحدهما بدين ألف درهم، وقال: هذه وديعة فلان. نظر إلى أول ما أقر به، فإن أقر بالدين، ثم بالوديعة كان الألف بينهما، وإن أقر بالوديعة أولاً كان صاحب الوديعة أحق؛ لأن إقرار العبد بعد الحجر وفي يده كسب بمنزلة إقرار الوارث على مورث؛ لأن صحة إقرار العبد هنا باعتبار ما في يده من الكسب لا باعتبار^(٣) أنه مكلف، حتى لو لم يكن في يده كسب لا يصح كإقرار الوارث على مورث إنما يصح باعتبار ما في يده من التركة، ثم الوارث إذا أقر بالدين، ثم بالوديعة كان لألف بينهما نصفين؛ لأنه لما أقر بالدين صارت الوديعة، مشغولة بحق الغريم، فإذا أقر بالوديعة، فقد أقر بوديعة مستهلكة، فكان إقراراً بالدين، فتبين بالكلام الثاني أن الكسب ليس بخالص للأول، بل مشترك بينه وبين الثاني، فيتغير^(٤) الثاني للأول، والكلام يتوقف إذا ذكر في آخره [عند]^(٥) ما يغيره، فصار كأنه أقر بالألفين معاً، فكذا هنا.

ولو أقر الوارث بالوديعة أولاً، ثم بالدين كان صاحب الوديعة أحق؛ لأنه لم يذكر في آخر كلامه ما يغير الأول، ولأن صاحب الدين لا يشارك رب الوديعة في الوديعة، فلم يتوقف الأول على الثاني، فعمل الأول أحق [فكان الأول أحق]^(٦) فكذا هنا. وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما على قولهما رحمهما الله تعالى: الألف للمولى؛ لأن عدلهما رحمهما الله تعالى لا يصح إقراره في حق المولى.

ولو أذن لعبده فلحقه دين ألف درهم، ثم حجر عليه، وفي يده ألف درهم، ثم أذن له، فلحقه دين ألف درهم، كانت الألف للأول ولا شيء للثاني منها لما ذكرنا. أن إذن الثاني في حق كسب إذن الأول، وجوده وعدمه بمنزلة، فصار كأنه لم يوجد إذن لثاني في حق الكسب الأول، ولو لم يوجد كانت الألف كلها لصاحب الدين الأول كذا هنا.

(١) في «أ». ساقطة، وهي في «د».
(٢) في «د»: مشا.
(٣) في «د»: لأننا اعتبرنا.
(٤) في «د»: في «أ» فبين.
(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

العبد المأذون، وعليه دين، باع من مولاه عبداً أو وكيله لم يجز إقرار واحد منهم بقبض الثمن إلا بيّنة؛ لأن إقراره كادعاء المولى، ولو ادعى المولى، فقال: أوفيت الثمن لم يصدق إلا بيّنة، فكذا هنا

ولو أقر الوكيل بقبض الثمن لم يصدق، وقيل لمولاه: أذ الثمن، والآ ردّ العبد. أما إذا يصدق المولى: لما قلنا، وأما يخبر المولى؛ فلأن المولى إنما رضي بهذا العبد^(١) بشرط أن ينفذ الثمن مرة أخرى^(٢) فإذا لزمه مرة أخرى تغير عليه شرط عقده، فيتخير. فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبينما إذا باع المريض من وارث عبداً في صحته، ثم أقر في المرض باستيفاء الثمن، حيث لم يصدق، ولا^(٣) يخبر الوارث، بل يحبر^(٤) على أن ينقد^(٥) الثمن مرة أخرى. [والفرق: أن نقد الثمن مرة أخرى^(٦) إنما يثبت للمشتري خيار إذا أمكنه الفسخ. أم إذا تعذر لا؛ لأنه لا يفيد، وفي مسألتنا أمكنه؛ لأن العبد قائم لم يتغيّب، وثمة لا يمكنه، وإذا كان العبد قائماً؛ لأنه يصير بائعاً للعبد من المريض بالثمن الذي كان للمريض عليه، وكما لا يجوز بيع المريض من وارثه عيماً من أعيان ماله، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجوز بيع الوارث عيماً من أعيان ماله للمريض^(٧) بمثل قيمته، فإن ردّه ضمن الوكيل له ثمنه بإقراره، ولا يرجع على العبد. أما ضمن الوكيل؛ لأنه أقرّ وصح إقراره على نفسه، وأما لا يرجع على العبد؛ لأنه لو رجع على العبد صحّ إقرار الوكيل للمولى في حق العبد، والوكيل نائب [عن] العبد في الإقرار، فكان هنا إقرار العبد للمولى، وعليه دين لا يصح، ولهذا المعنى قيل لمولاه: أذ الثمن، ولو صحّ برىء المولى.

ولو كان هذا وديعة عند مولاه، فأقرّ بالقبض أو وكيله، أو قال المولى: رددت علب لم يضمن المولى شيئاً. فرق بين هذا وبينما إذا أقرّ بقبض دين له على المولى. والفرق. وهو أن الوديعة أصلها أمانة، والأصل إذا كان أمانة عند المولى والعبد يقوله: قبضت، ليس يبرأ المولى عن الضمان، بل يبقى الضمان على المولى، والدين مضمون عليه، فبقوله: قبضت، يبرأ المولى عن الضمان، فلا يصدق لحق الغرماء، وكذلك لو باع صبي مأذون له من أبيه عبداً، وعليه دين [بإعائه]^(٨) بما يتغابن الناس فيه جاز، كما لو اشترى الأب مال الصغير من نفسه بما يتغابن فيه جاز، فإذا أقرّ بقبض الثمن لم يصدق إلا بيّنة، وكذلك وكيله؛ لأن إقرار الصبي للأب وقد استفاد الإذن من جهته كادعاء الأب بنفسه، ولو ادعى الأب بنفسه، فقال: أوفيت الثمن لم يصدق إلا بيّنة، فكذا هنا.

ولو دفع إلى مولاه ألف درهم مضاربة بالتصّف، فربح ألف درهم، فقال: أخذت رأس

(١) في «د»: العقد (٦) هي «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٢) في «د»: ساقطة. (٧) هي «د»: من المريض

(٣) في «د»: ولم. (٨) هي «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٤) في «د»: يخبر ولمه تصحيف. (٩) هي «أ»: ساقطة، وهي في «د»

(٥) في «د»: ينقد، وفي «أ»: نفذ وقد أثبتنا الأول.

مالي وحصتي من الربح، صدق على ذلك، ولم يصدق على ما في يد المولى، فيأخذ من مولا؛ لأن إقرار العبد لمولا، وقد استفاد الإذن من جهته بمسألة ادعاء المولى، ولو ادعى كان مصدقاً فيما ادعى لكن لا يصدق فيما يدعى لاستحلاص ما في يد نفسه؛ لأنه أمين، والأمين يصدق في ردة الأمانة على صاحبها دون الاستخلاص من شيء^(١) مما في يده، فكذا إذا أقر العبد، وإذا لم يخلص ما في يد المولى للمولى لم يظهر من مال المضاربة إلا^(٢) هذا القدر، فيؤخذ منه رأس المال أولاً، فإن بقي شيء يكون بينهما على ما اشترطا، وكذلك لو شارك^(٣) لم يصدق، ويؤخذ منه نصف ما سلم له لما قلنا في المضاربة.

ولو وكل العبد وكيلاً ببيع عبده [له]^(٤) فباعه من مولا بأكثر [من]^(٥) قيمته، ثم حجر على عبده، فأقر الوكيل بالقبض، لم يصدق؛ لأنه لو أقر الوكيل بقص الثمن والعبد مأذون لا يصدق الوكيل؛ لأن إقرار الوكيل كإقرار العبد، فلا لا يصدق والعبد محجوراً كان أولى.

وأما فيما يصح إقرار المولى على عبده التاجر، وفيما لا يصح:

إذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم أقر عليه بعشرة آلاف، بقيمة العبد^(٦) ألف ولا دين عليه، لزمه، ويقال للمولى: بعه أو أقضه؛ لأنه حرّ مكلف أقر على نفسه ولم يلحق بغيره ضرر، وإنما قلنا أقر على نفسه؛ لأنه أقر بشغل رقبته وكسبه بحق المقر له، والمولى مالك لرقبته وكسبه، فكان هذا إقراراً على نفسه، فصاح الثابت بإقراره كالثابت^(٧) بإقرار العبد، ولو ثبت بإقرار العبد كان للغرماء [العبد]^(٨) إلا أن يفديه المولى كذا هنا.

ولو أقر عليه بعشرة آلاف درهم ودبره، فإن شاء الغرماء ضمنوه [قيمته]^(٩) ولا شيء [لهم]^(١٠) على العبد حتى يعتق، فيضمنوه قيمته إن شاءوا استسعوا المدثر في دينهم؛ لأن^(١١) الدين لو وجب عليه بإقراره، ثم دبره المولى، كان الحواب كذلك، فإذا وجب الدين عليه بإقرار المولى يجب أن يكون كذلك؛ لأن المعنى يجمعهما، ولو أقر عليه بعشرة آلاف درهم في صحته، ثم اعتقه في مرضه، ثم مات المولى، وعليه دين كثير، سعى العبد في قيمته لغرماء العبد دون غرماء المولى؛ لأن دين المقر له دين العبد، ودين العبد مقدم على دين المولى، لأنه أسبق تعلقاً؛ لأن دين العبد تعلق برقبته [في صحة المولى ودين المولى تعلق برقبته]^(١٢) في مرض المولى، فكان ذلك أسبق تعلقاً.

ولو أقر المولى على عبده في مرض المولى، وعلى العبد دين كثير، ثم اعتقه في

- | | |
|--|---|
| (١) في «د». من شيء: ساقطة | (٧) في «د». بإقراره كالثبات: ساقطة |
| (٢) في «أ»: لأن، وأثبتنا ما في «د». | (٨) في «د». العبد. وفي «أ». المبيع وأثبت ما في «د». |
| (٣) في «د». لو شاركه: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٠) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «د». إلا أن |
| (٦) في «د»: وقیمت: الضمير يعود على العبد كما هو مصرح به أعلاه. | (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |

مرصه، ثم مات سعى العبد في قيمته لغرماء المولى دون غرماء^(١) المقر له، ثم يسمى في قيمة أخرى لغرمائه الذين أقر لهم مولاه؛ لأنه لما مرض تعلق حق غرماء الضحة برقبته^(٢)، فصار هو محجوراً عن الإقرار بالذين على العبد في حق الغرماء فلم يصح إقراره في حق غرمائه فيسعى العبد في قيمته لهم، فإذا سعى يسمى مرة أخرى؛ لأنه لما سعى لغرماء المولى لم تسلم له رقبة فارغة؛ لأن الإقرار صح في حق العبد، فيسمى في قيمة أخرى.

ولو أذن بعبد وقيمته ألف درهم فله حقه دين ألف درهم، ثم أقر عليه مولاه بدين ألف درهم^(٣)، ولم يجز حتى يقضي دين نفسه؛ لأنه لم يحصل مقراً على نفسه بل حصل مقراً على غريم العبد؛ لأن تعلق حق غريم العبد برقبته وكسبه، فإن أعتقه مولاه إن ضمن غريمه العبد المولى قيمته بطل إقرار المولى، ولا ضمان على العبد؛ لأن إقرار المولى على عده يوقف نفاذه على سلامة الرقبة للمولى بغير عوض، ولم يسلم، فلم يوجد شرط نفاذ الإقرار، فلم ينفذ؛ وإن ضمن غريم العبد رجوع المقر له^(٤) على المولى بقيمته؛ لأنه سلم رقبة العبد للمولى بغير عوض، فينفذ إقراره عليه من حين وجود الإقرار، وتعلق حق المقر له برقبة العبد، وقد أثلفه المولى بالعنق، فضمن قيمته، ولو أقر عليه مولاه أولاً بدين ألفي درهم، ثم لحق العبد ألف درهم دين، فبيع بألف درهم، اقتسماه أثلاثاً؛ لأن إقرار المولى على العبد قد صح، فصار الثابت بإقرار المولى والثابت بإقرار العبد سواء.

ولو أقر العبد على نفسه بألفي درهم، ثم أقر بألف، صح الإقرار الثاني، وقسم الألف الذي هو ثمن بينهما أثلاثاً، فكذا هما.

ولو أقر العبد أولاً بدينه بألف درهم، ثم أقر المولى عليه بألفين، وبيع العبد بألف كان الثمن للذي أقر له العبد أولاً، فإن بقي من ثمنه شيء^(٥) كان للمقر له؛ لأن إقرار المولى عليه لم يصح في حق غريم العبد، فكان الأول أولى.

ولو بيع بألفي درهم فخرجت ألف درهم ودُت ألف درهم كان غريم العبد أحق بهذه الألف لأن إقرار المولى عليه لم يصح في حق غريم العبد^(٦)، فبتأخر حقه عن حق الذي أقر له العبد، فكان التوى عليه.

ولو أقر العبد أولاً بدين ألف درهم، ثم أقر المولى عليه بدين ألف درهم، ثم أقر العبد بدين ألف درهم، كان غرماءه أولى، فإن بقي شيء كان لمن أقر له مولاه، لأن إقرار العبد قد صح^(٧) لما مر^(٨)، وأما إقرار المولى لم يصح في حق غرماء العبد.

ولو أقر بدين ألف درهم وعلى عبده [ألف درهم]^(٩) ثم بدين ألف درهم، وبيع العبد

- | | |
|---|---|
| (١) في ٥٥: ساقطة. | (٦) في ٥٥: فكان الأول أولى . . . لم يصح |
| (٢) انضمام يعود على العبد كما هو مصرح به في ٥٥. | في حق غريم العبد. ساقطة |
| (٣) في ٥٥: ثم أقر. . . بألف درهم. ساقطة. | (٧) في ٥٥: إقرار العبد قد صح. |
| (٤) في ٥٥: ساقطة. | (٨) في ٥٥: مر: ساقطة. |
| (٥) في ٥٥: ساقطة. | (٩) في ٥٥: ساقطة وهي في ٥٥. |

بألف، فإن [كان] ^(١) أقر ^(٢) إقراراً متصلاً تحاصاً، وإن قطع بديء بالأول ^(٣)؛ لأن الإقرار منى كانا متصلين، فهما كإقرار واحد من حيث الحكم، ومتى كانا منفصلين كانا إقرارين حقيقة وحكماً، فقد حصل مقررًا للثاني، ورقبته مشغولة بدين الأول، فكان الأول مقدماً على الثاني، فصار هذا بمنزلة الوارث إذا أقر على مورثه بدين، ودين التركة لا تنفي بهما على هذا ^(٤) التفصيل كذا هنا ^(٥)، ولو كان متصلاً، فصدق العبد في أحدهما تحاصاً، لأن تصديق العبد في أحدهما بمنزلة إقرار العبد، والعبد لو أقر لأحدهما، والمولى أقر عليه الآخر، وخرج الكلامان منهما معاً كان الثمن بينهما نصفين، فكذا هنا.

وإن كان منقطعاً، فصدقه في الأول، كان الأول أحق به، فيبدأ به؛ لأن تصديق العبد بمنزلة إقرار العبد، فصار كأن العبد أقر للأول، ثم أقر بعد ذلك للثاني، فكان الأول أحق، وإن صدقه في الثاني ولم يصدقه في الأول، تحاصاً متصلاً كان [إقراره] ^(٦) أو منقطعاً؛ لأن تصديق العبد بمنزلة الإقرار، ولو أقر العبد للثاني بعدما أقر المولى للأول، ويبيع قسم ثمة بينهما نصفين، كذا هنا.

ولو كانت قيمته ألف درهم وخمسمائة ^(٧)، فأقر العبد بدين ألف درهم، ثم أقر عليه المولى بدين ألف درهم ^(٨)، ثم أقر العبد بدين ألف درهم، ثم بيع العبد بألفين، كان الثمن بينهم أخماساً. للذي أقر له المولى خمسة؛ لأن العبد للغريمين بألفين قد صح، وإقرار ^(٩) المولى بخمسمائة؛ لأنه حين أقر يقدر خمسمائة من رقة العبد كان فارغاً من الدين، وبطل بقدر خمسمائة، فصار حق غريمي العبد في ألفين وحق الغريم الذي أقر له المولى في خمسمائة، فيكون الثمن بينهم أخماساً ^(١٠).

وأما في اختلاف المأذون مع المولى، وغيره فيما في يده:

ولو أن حرّاً، أو مأذوناً، أو مكاتباً أجر نفسه من رجل تاجر يبيع معه، أو من خياط يخط معه، وكان في يد الأجير ثوب، فقال التاجر: هو لي، وقال الأجير: هو لي، فإن كذا في حانوت التاجر أو الخياط، فالقول: قول التاجر أو الخياط؛ لأن الثوب في يد التاجر [حكماً؛ لأن يد الأجير التاجر إذا كان في حانوت التاجر. ألا ترى: أن العمل يقع مسلماً للمستأجر إذا خاط الأجير في حانوت المستأجر حتى لا يكون له الحبس بالأجير، فكان يد الأجير يد التاجر] ^(١١) حكماً، فكان الثوب في يده حكماً، فكان القول: قوله كالمولى مع العبد المأذون إذا تنازعا في ثوب في يد المأذون كان القول: قول المولى إذا لم

(٧) في دة: ساقطة.
(٨) في دة: فأقر العبد. . بدين ألف درهم: ساقطة.
(٩) في دة: وأقر.
(١٠) في دة: ساقطة.
(١١) في دة: ساقطة، وهي في دة.

(١) في دة: ساقطة، وهي في دة.
(٢) في دة: ساقطة.
(٣) في دة: بالأولى.
(٤) في دة: بمنزلة الوارث. . لا تنفي بهما على هذا: ساقطة.
(٥) في دة: هذا.
(٦) في دة: ساقطة، وهي في دة.

يكن على المأذون دين كذا هـ، قالوا: هذا إذا كان المتنازع فيه ليس من آلة العمل. أنا إذ كان، فالحق: قول الأجير [حقيقة] ^(١)؛ لأنه في يده، والظاهر شاهد له، وإن كانا في سكة أو في منزل الأجير، فنقول: قول الأجير؛ لأن الثوب في يد الأجير حقيقة وحكماً. ألا ترى: أن العمل لا يقع مسلماً، فكان القول: قوله، وإن كان العبد محجوراً عليه بأن أجره مولاة من رجل لعمل سوى البيع والشراء حتى يبقى محجوراً [عليه] ^(٢) وفي يده ثوب، واختلف العمد والأستاذ، كان القول: قول: الأستاذ، وإن لم يكن في حانوت الأستاذ، وفي منزله. فرق بينه وبين المأذون، والفرق: أن الثوب في يد الأستاذ وحكماً؛ لأن المحجور لا بد له، بل يده يد مولاة، ولهذا [لو] ^(٣) كان في يده مال لا ينتصب خصماً لمدعيه والمولى لما أجره وسلمه إلى التاجر ^(٤) نقل ما كان له من اليد إلى المستأجر، فصار اليد للمستأجر حكماً، وأنا في المأذون: الثوب في يده حقيقة وحكماً؛ لأن له يد نفسه، ولهذا لو كان في يده مال انتصب خصماً لمدعيه، وإن كان المحجور عليه في منزل المستأجر، أو في السكة، أو في السوق، وفي يده ثوب، أو كان راكباً على دابة، فاختلفاً، فالحق: قول الأستاذ المستأجر. فرق بين هذا وبينما إذا كان عليه ^(٥) قميص أو قباء كان القول ^(٦)؛ قول المولى، ولا يصدق المستأجر. والفرق: أن اليد للمستأجر حكماً في المسألتين جميعاً؛ إلا أن في المسألة الأولى: القول: قول ^(٧) المولى؛ لأن الظاهر شاهد له؛ لأن الظاهر أن العبد يلبس ثوب المولى حالة العمل للمستأجر لا ثوب المستأجر. وفي المسألة الثانية: الظاهر شاهد للمستأجر ^(٨)، فإن الظاهر أن الغلام إذا استأجر بدون الدابة، فإنما يعمل للمستأجر بدابة المستأجر لا بدابة المولى، ولو كان العبد المأذون في منزل المولى، وعليه دين، وفي يده ثوب، فاختلف فيه، فإن كان ذلك الثوب من تجارة العبد، فهو له، وإن لم يكن، فهو للمولى؛ لأنهما ^(٩) استويا في اليد؛ لأن يد المأذون ^(١٠) يد نفسه في حق المولى متى كان عليه دين، وللمولى يد على هذا الثوب حكماً؛ لأنه في منزله، لكن في الوجه الأول: ترجح جانب العبد بشهادة الظاهر، فإن الظاهر يشهد له؛ لأنه من تجارته، وفي الوجه الثاني: الظاهر يشهد للمولى؛ لأن الظاهر أن ما في منزل المولى يكون للمولى، فإن كان من تجارتهما حكماً عن بعض المشايخ أنه قال: يقضى به ^(١١) للمولى، لأنهما استويا في اليد والتجارة، وترجح جانب المولى بشهادة الظاهر، فإن الظاهر أن ما في منزله يكون له، ولو كان راكباً على دابة أو لابساً ثوب، فهو للعبد يقضى به فيه

- (١) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». (٨) في «هـ»: لا ثوب المستأجر... شاهد للمستأجر ساقطة.
 (٢) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». (٩) في «هـ»: يد، وفي «هـ»: بدون وقد أثبتنا الأخير.
 (٣) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». (١٠) في «هـ»: لأنه وترك ما في «هـ»: على حاله.
 (٤) في «هـ»: ساقطة.
 (٥) في «هـ»: ساقطة.
 (٦) في «هـ»: ساقطة.
 (٧) في «هـ»: ساقطة.
 (٨) في «هـ»: ساقطة.
 (٩) في «هـ»: ساقطة.
 (١٠) في «هـ»: ساقطة.
 (١١) في «هـ»: ساقطة.

سواء كان من تجارة^(١) أو لم يكن؛ لأن العبد مستعمل، وللمولى مجرد يد حكماً، ولا عبرة لليد الحقيقي بمقابلة الاستعمال، فلأن لا يكون عبرة لليد الحكمي كن أولى.
وأما في جناية العبد^(٢) المأذون وعلى العبد^(٣) المأذون:

المولى إذا أعتق عبداً مأذوناً مديوناً، وهو عالم بالدين، لا يصير ضامناً لجميع الديون^(٤)، بل يصير ضامناً لأقل من قيمة العبد، ومن ديونه، كما لو لم يعلم، ويمثله: لو أعتق العبد الحاني، وهو يعلم بالجناية يصير ضامناً لجميع الفداء. والفرق: وهو أن الإعتاق وهو عالم دلالة الاختيار^(٥) ولو نص^(٦) على اختيار جميع العبد بجميع الديون لا يلزمه، لأنه وعد أن يقضي دين العبد، فلا يلزمه، ولو نص على اختيار الفداء عن الجناية في العبد يلزم المولى، لأن موجب جناية العبد على المولى.

ولو جنى عبد التاجر المأذون [له]^(٧) بأن قتل رجلاً خطأ، وقيمته ألف درهم، ففداء العبد^(٨) المأذون بعشرة آلاف درهم جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولم يجز في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى^(٩) إلا الذفع؛ لأن العبد المأذون بالفداء صار مشترى للعبد وقيمته ألف درهم بعشرة آلاف درهم حاز؛ لأنه صار مستحقاً، والمستحق كالزائل عن ملكه، والعبد المأذون إذا اشترى عبداً، وقيمته ألف درهم بعشرة آلاف [درهم]^(١٠) جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، ولم يجز عندهما رحمهما الله تعالى، بهذا كذلك.

ولو قتل العبد رجلاً خطأ، ثم أذن له مولاه في التجارة، ولحقه دين لم يكن اختياراً؛ لأن الإذن بالتجارة ووجوب الدين لا يمنع الذفع بالجناية، فلم يصير المولى ممنوعاً عن الذفع، فلا يكون اختيار، كما لو وطىء الجارية، فإن دفع بالجناية بيع^(١١) في الدين، ورجع أصحابه الحاية بقيمته على مولاه؛ لأنهما استحقوا العبد فارغاً عن الدين بالجناية، وقد سلم إليهم مشغولاً بالدين بسبب كان من جهته، وهو الإذن، فكان لهم أن يضمّنوه قيمته، كمن عصب عبداً فارغاً، فرّقه مشغولاً بالجناية، ودفع إلى ولي الجناية، ضمن قيمته للمولى.

وكذلك لو أذن له، فلم يلحقه دين حتى قتل رجلاً خطأ، ثم لحقه دين؛ لأن لبقاء الإذن حكم الابتداء، فكان التقرير على الإذن بعد الحنة حتى لحقه دين بمنزلة ما لو أذن له إذا مبتداً [ولو أذن له إذا مبتداً]^(١٢) بعد الجناية، ولحقه دين، كان الجواب كذلك، فكذا هنا، ولو لحقه

(١) في «د»: ساقطة. (٢) في «د»: ساقطة. (٣) في «د»: الذين

(٤) في «د»: الاختيار، وفي «ه»: الإخبار، وقد أثبتنا الأول.

(٥) في «ه»: ولا نص، وفي «د»: ولو نص، وقد أثبتنا هذا الأخير.

(٦) في «ه»: ساقطة، وهي في «د». (٧) في «د»: ساقطة.

(٨) في «د»: في قولهما. إشارة إلى أبي يوسف ومحمد كما هو مصرح بهما أعلاه.

(٩) في «ه»: ساقطة، وهي في «د».

(١٠) في «ه»: يقع، وسواء صحيح، وفي «د»: بيع، وقد أثبتنا بدلاً عما في «ه».

(١١) في «ه»: ساقطة، وهي في «د».

دين ألف درهم، ثم قتل رجلاً خطأ، ثم لحقه دين ألف درهم، ودفع بالحياة، وبيع بهما رجع صاحب الحياة على مولاه بصف قيمته: حصة دين الثاني؛ لأنه [لوا] (١) وجب كل الدين بعد الحياة رجع صاحب الحياة على مولاه بجميع القيمة ولو وجب الكل قبل الحياة لم يرجع بشيء، وإذا وجب لتصف بعد الجناية (٢) رجع عليه بنصف القصة، ولو أقر على عبده بجناية، ثم بجناية دفع إليهما نصفين، ثم يرجع صاحب الجناية الأولى على المولى بنصف قيمته إذ تكادس الوليان؛ لأن ولي الجناية الأولى يستحق جميع العبد فارغاً عن حق الغير، وقد فات عليه نصف العبد بإقرار المولى، فيضمن نصف قيمته له.

ولو كان على العبد المأذون دين، ثم أقر بجناية لم يصدق إلا أن يقضي دينه. فرق بين الدين وبين الجناية.

والفرق: أن الإقرار بالجناية إقرار بما يوجب تمليك العبد، ودين العبد يمنع المولى من تمليك [العبد] (٣) من غيره.

ولو قتل رجلاً عمداً، وعليه دين، فصالحهم المولى على أن جعل العبد لأصحاب الجناية بحقهم، لم يجز، ولم يكن لهم أن يقتلوه؛ لأن هذا الصلح باطل في حق الغرماء، جاز في حق ولي القصاص؛ أما باطل في حق الغرماء؛ لأن المولى (٤) بهذا الصلح قصد تمليك العبد من ولي (٥) القصاص، ودين العبد يمنع المولى من تمليكه من غيره إلا برضى الغرماء، وأما جاز في حق ولي القصاص؛ لأن العقد من ولي القصاص من جعل (٦) بغير بدل؛ لأنه صالح مع المتبرع على بدل لا يقدر المتبرع على تسليمه؛ لأن العبد مستحق بالدين، والمستحق كالزائل، وفي مثل هذا يقع العفو بغير بدل؛ لأن تسليم عين ما تبرع به لا يجب؛ لأنه لا يقدر، وتسليم القيمة لا يجب؛ لأنه لم يتبرع، فلبطلان الصلح في حق الغرماء لا تسلم الرقبة لولي القصاص، ولجواز انصالح في حق ولي القصاص يسقط القصاص، ويباع في الدين، فإن فضل شيء كان الفاضل لولي الجناية، هو الصحيح؛ لأن الثمن بدل عن العبد، فيصير كالعبد، ولو كان يفضل من رقبة العبد شيء من دين الغرماء، بأن كان دين الغرماء ألف درهم، وقيمته ألف وخمسمائة، سلم الزيادة على الدين لولي الجناية، فكذا هنا.

ولو وجد عبد العبد المأذون له قتيلاً في دار مولى العبد، ولا دين عليه فدمه هدر؛ لأن المولى جعل قليلاً (٧) للمأذون حكماً بملك الدار، كما لو وجد فيها أجنبي قتيلاً، ونو قتل المأذون حقيقة، كان دمه هدرًا، فما هنا أولى، وإن كان عليه دين، كانت قيمته على مولاه في ثلاث سنين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا: يضمن المولى قيمته حالاً؛ لأن عندهما رحمه الله تعالى يملك استهلاكه بالإعتاق والجناية جميعاً [والأصل أن

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٢) في «د»: رجع صاحب الجناية... النصف بعد الجناية: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٤) في «د»: في «د»: ساقطة.
(٥) في «د»: في «د»: مولى.
(٦) في «د»: في «د»: حصل.
(٧) في «د»: قاتلاً.

من أثبت شخصاً فيه حق العير وهو يملك إتلاف حق الغير بالاستهلاك والحماية جميعاً^(١) يعتبر مستهلكاً؛ لأن ضمان الاستهلاك: ضمان معاوضة، وضمن الجناية: ضمان تعدي، وكان أولى، فاعتبر مستهلكاً بالإعتاق، وجعل بالقتل معتقاً حكماً، وضمن الاستهلاك: يجب في ماله حالاً، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يملك استهلاكه^(٢) بالإعتاق، ويملك استهلاكه بالجناية، فحمل جانباً حقيقة وحكماً، وضمن الجناية: يجب مؤجلاً في ثلاث سنين، حتى لو كان عليه دين غير مستغرق يضمن المولى قيمته حالاً^(٣) عندهم جميعاً رحمهم الله تعالى. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل الثالث

في المسائل المتفرقة

ولو اشترك العبدان، وهما مأذونان في التجارة شركة عنان على أن يبيعا بالتقد يجوز، ولو اشتركا على أن يبيعا بالنسيئة لا يجوز. أما جواز شركة العنان مهما في القدر، فلأن شركة العنان داخلة تحت الإذن، لأن مبنائها على الوكالة لا غير، والوكالة داخلة تحت الإذن، وأما عدم الجواز في النسيئة؛ فلأن المأذون لا يملك أن يشتري شيئاً لغيره بالنسيئة، لأنه بمعنى الكفالة؛ لأن الدين إذا كان مؤجلاً لا يملك المأذون الوكيل حبس المبيع عن الموكل، فإذا سلم المبيع، ولم يقبض الثمن، ظهر معنى التبرع، ولا تجوز كمالته، فإن أدد له المولى بذلك [تجوز الشركة]^(٤) ويجوز الشراء بالنسيئة. ولو أذن لهم^(٥) بشركة المفاوضة لم يجوز، ولم يجز الشرط أصلاً، وموضع الفرق: كتاب الشركة^(٦).

المولى إذا باع شيئاً من عبده المأذون المديون صخ، ويحبس لاستيفاء الثمن. ولو سلم قبل استيفاء الثمن يبطل^(٧) حق المولى؛ لأنه لا يثبت للمولى على عبده دين. قال الصدر الشهيد رضي الله عنه: هكذا ذكر الشيخ الإمام الزاهد أبو بكر المعروف بخواهر زاده، إلا أنه قال الصدر الشهيد: لا بد من النظر في موضع آخر عند الفتوى، وهذا دليل على أنه كان متردداً فيه. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢) في «د»: الاستهلاك. (٣) في «د»: ساقطة. (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٥) في «د»: ساقطة. (٦) في «د»: الكفالة. (٧) في «د»: بطل.

كتاب الذيات

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: فيما يوجب القصاص في النفس، وفيما دون النفس من القطع، والجراحات، والشجاج [وغيرها]^(٢)، وفيما لا يوجب، وفي المعاني المانعة من استيفاء القصاص، من الجنون الطاريء، ودعوى الشبهة، وغيرهما، وفيمن له ولاية استيفاء القصاص، وفيمن^(٣) ليس له ولاية استيفاء القصاص، وفيما يجوز الاستتجار على استيفاء القصاص، وفيما لا يجوز، [وفيما يجوز]^(٤) التوكيل باستيفاء القصاص، وفيما لا يجوز، وفيما تجب الذيات في النفس، والأروش^(٥)، وفيما دون النفس، وفيما لا يجب^(٦)، وفي القتل يوجد في المحلة، أو بين المحلّتين، أو في الدار، والقسامة، وكيفيتهما، وفيما تجب الكفارة على القاتل، وغيره، وفيما لا تجب.

الفصل الثاني: فيما يجوز الصلح، والعفو عن القصاص في النفس، وفيما دون النفس، وغيرهما، وفيما لا يجوز، وفيما يحبس القاتل، وفيما لا يحبس، وفيما يصمن ما تلف بصعته، ومن وضع الحجر على الطريق، وحفر البئر، وسقوط^(٧) الجدار، وحدث البناء، وفعل الهائم، وضمان التراكب بوطء الذابة بيدها أو رجلها، وغيرها من ضمان إتلاف المال، وعبره، وجناية الضبي، وغيره، وفيما لا يضمن، وفي القتل الموجب لحرمان الميراث، وفيما لا يجب، وفيما يوجب حناية العبد، وفيما يوجب بالحناية على العبد، وفيما يصير المولى مختاراً للقضاء، وفيما لا يصير، وفيما يجب بالحناية على الجنين.

الفصل الثالث: في معرفة المدة التي يؤجل إليها نكاح اللّحية، وشعر الرأس بعد الحلق، والسن بعد القلع وغيرها، وفيما تجب فيه حكومة العدل، [وفيما لا تجب]^(٨).

- | | |
|---|-----------------------|
| (١) في «د»: قال . . . عنه : غير ولادة . | (٥) في «د»: والأرض |
| (٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» . | (٦) في «د»: لا يجوز . |
| (٣) في «د»: وفيما . | (٧) في «د»: وسقط . |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» . | (٨) في «أ»: ساقطة . |

وكيفيتها، وفي معرفة العاقلة، وكيفية وجوب الذية^(١) على العاقلة، ومواقبتها، وفي طريق معرفة ذهاب السمع والبصر، وفيما يجب التحرير، وفيما لا يجب، وفيما يباح قتله لا بطريق القصاص، وفيما لا يباح، وفيما إذا اجتمع في العبد^(٢) حق العبد وحق الشرع يذبح بحق العبد كالقصاص والزدة وغيرها.

الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة.

(١) في ذمة: العاقلة.

(٢) في ذمة: في العبد: سائقة.

الفصل الأول

فيما يوجب القصاص في النفس، وفيما دون النفس من

القطع والجراحات والشجاج، وغيرها، وفيما لا

يوجب إلى آخره

رجل قال لآخر: بعثك دمي بألف فلس، فقتله، فعليه القصاص، وإن^(١) قال: اقتلني، فقتله، فعليه الذية؛ لأن أمره بذلك أورث شبهة، في ذره القصاص، وروي عن الحسن في رواية أخرى: أنه لا تجب الذية أيضاً في قوله: اقتلني. أمّا فيما دون النفس؛ فلا شيء عليه، هكذا ذكر في «النوازل».

ولو قال لآخر: اقتل ابني، أو اقطع يد ابني، وهو صغير يجب عليه^(٢) القصاص؛ لأنه أباح ما ليس هو بمالك [له]^(٣) وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أنه قال^(٤): أستحسن في ذلك، وأعزّمه الذية.

ولو قال لرجل: اقتل أبي، فقتله، فعلى القاتل الذية لابنه؛ ولو قال: اقطع [يد]^(٥) أبي فقطعها^(٦) [فعليه]^(٧) القصاص؛ لأن في الوجه الأول: حق الابن، وقد أمره بذلك فصار شبهة في السقوط، وفي الثاني: حق الأب، ولو قال: اقتل عدي، أو اقطع يده، فقتل أو قطع، فلا شيء عليه من الضمان. هكذا ذكر في العيون؛ لأن نفسه مملوك له.

رجل تعمد إلى ضرب يد رجل بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه، فأبانه^(٨)، فهو عمد، فيؤخذ بذلك، ولو أخطأ فأصاب عنق عبده^(٩) فهو خطأ؛ لأن في الوجه الأول: الفعل الثاني تحقق ما مر المقصود من الأول، وهو القتل، وفي الوجه الثاني: لا يتحقق^(١٠) ما هو مقصوده من الأول، فيكون الثاني غير الأول، فالقصد إلى الأول لا يدل مع القصد إلى الثاني.

وكذا لو رمى إلى قلنسوة رجل، وأصاب عين غيره، فهو خطأ. ولو رمى رجلاً فأصاب حائطاً تحته^(١١) رجلاً، وأصابه^(١٢)، فهو خطأ.

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في «د»: ولو. | (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٨) في «د»: فأبانه، وفي «أ»: بالضمير إلى الذي يعمد على شخص. |
| (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٩) في «د»: غيره. |
| (٤) في «د»: ساقطة. | (١٠) في «د»: لا يحقق. |
| (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «د»: وثمة. |
| (٦) في «د»: فقطعها. | (١٢) في «د»: ساقطة. |

رجل ضرب رجلاً بإبرة وما أشبهه، فمات، فلا قود عليه؛ لأن مثل هذا لا يقصد به القتل عادة، ولو ضربه بالمسلة فيها القود؛ لأنه يقصد به القتل عادة، هكذا ذكر في «العيون».

فقتل العمد: هو الموجب للقصاص لقوله عليه الصلاة والسلام: «الْعَمْدُ قُودٌ» أي موجب قتل العمد: القود.

وقتل العمد: ما تعمد ضربه بسلاح أو ما^(١) هو في معنى السلاح، كالألة التي تقطع وتحرق كليطة قصب، وحجر له حدّ، وكالنار، وعمود حديد، وسنجة حديد، والضجيج أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا يجب القصاص إلا فيما يجرح ويقتل القاتل بكر نفس إلا بالحربي المستأمن إن كان القاتل مدركاً غير مجنون؛ لأن سبب وجوب لقصاص قتل هو^(٢) حرام محض، وفي قتل [الحربي]^(٣) المستأمن شبهة الإباحة لانعدام سبب العصمة، وهو الإسلام أو عقداً لزمه.

ولو أحرق رجل رجلاً اقتص منه؛ لأن النار بمعنى السيف؛ لأنه يحرق ويقطع، ولو ضرب بعصا أو بحجر لا يعاش منه^(٤) لم يقتص منه إن مات منه^(٥) في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما رحمهما الله تعالى.

ولو طرحه في شر أو من ظهر جبل أو سطح، لم يقتص منه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: الحواب على التفصيل: إن كان ذلك بحيث يقتل غالباً يجب القصاص، ويكون عمداً، وإن كان لا يقتل غالباً، لا يجب القصاص، ويكون خطأ العمد.

ولو أوجره^(٦) سماً أو سقاء بأن أكرمه على السقي لم يقتص منه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى مطلقاً، واختلف المشايخ فيه على قولهما: إن كان ذلك مما يقتل [مثله]^(٧) عالماً يجب القصاص، وإن كان لا يقتل مثله غالباً لا يجب.

ولو خنقه ودام على الخنق حتى مات لم يقتص منه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يجب القصاص. هذا إذا دام على الخنق حتى مات، وأما إذا ترك الخنق قبل الموت، ينظر: إن دام الخنق مقدار أن يموت منه الإنسان غالباً يجب القصاص عندهما رحمهما الله تعالى، وإن كان مقدار أن لا يموت الإنسان منه غالباً، وترك، ثم مات، لا يجب القصاص بالإجماع.

رجل قطع أصبع رجل [خطأ فجاء رجل]^(٨) آخر فقطع كفه عمداً، فمات منها. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقتص الذي قطع الكف؛ لأنه قطعه عمداً، وصار نفساً، وأنا الآخر [الذي]^(٩) قطعه خطأ، فما تولد منه يكون خطأ، وعلى عاقلة قاطع الأصبع^(١٠) دية الأصبع.

- | | |
|---------------------------------|-----------------------------------|
| (١) في «د»: وما، بدون أو. | (٦) في «د»: أوجر بدون هاء الضمير. |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٧) في «د»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٣) في «د»: مطموسة، وهي في «د». | (٨) في «د»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٤) في «د»: فيه. | (٩) في «د»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «د»: إن مات منه: ساقطة. | (١٠) في «د»: ساقطة. |

ولو ضرب رجل رجلًا بغمد سيف، فشق السيف الغمد، فأصابه فلا فود عليه^(١)،
لأنه ما قصد ضربه بألة جراحة^(٢).

وأما القصاص فيما دون النفس:

ولو قطع يد إنسان بيده أو ضربه بخشبة حتى أبانته، فعليه القصاص، لأنه قطعه عمداً،
وكذلك في كل شيء فيما دون النفس لا يقطع اليد اليمنى باليسرى، ولا اليسرى باليمنى،
ولا اليدان بيد واحدة، أما اليمنى باليسرى؛ فلأنهما خنسان مختلفان إنما على سبيل
الحقيقة، وإنما على سبيل الشبهة، والقصاص في الأطراف يبتنى على المجانسة، وعلى
المساواة في القيمة ولهذا لا يقطع الصحيحة بالشلل وإن وجد المجانسة؛ لأنهما لم يستويا
في القيمة، وهنا إن وجد الاستواء في القيمة لم توجد المجانسة، وأما اليدان بيد واحدة؛
لأنه وجد من كل واحد منهما قطع بعض اليد؛ لأن قطع اليد متجزئ^(٣).

ولا قصاص بين الأحرار والعبيد، وبين الرجال والنساء فيما دون النفس؛ لأن المساواة
في القيمة قطعاً شرط لجريان^(٤) القصاص في الأطراف، ولم يوجد.

ولو قطع رجل يميني رجلين قطعت يمينه بهما، وعليه دية يديهما^(٥)، إنما قطعت يمينه
بهما، لأنهما استحقا قطع يمينه قصاصاً لاستوائهما في سبب الاستحقاق، وإنما عليه دية
يديهما^(٦)؛ لأن كل واحد منهما استوفى نصف اليد فبقي^(٧) حق كل واحد منهما في نصف
اليد ومن عليه القصاص، فقضى^(٨) بنصف اليد التي هي حق هذا حقاً مستحقاً عليه الآخر،
بنصف اليد التي هي حق آخر حقاً مستحقاً عليه لهذا، فصار ذلك النصف سالماً له معنى،
ينفرد^(٩) بالدية.

ولو عفا أحدهما اقتصر للآخر؛ لأن كل واحد منهما وجد له سبب استحقاق كل اليد،
فاستحق كل واحد منهما كل اليد إذ لا تضاييف^(١٠) في الاستحقاق، إنما التضاييف^(١١) في
الاستيفاء، فإذا عفا أحدهما زال المانع من الاستيفاء، فكان للآخر أن يستوفي كل اليد كأحد
الشفيعين، إذا سلم الشفعة كان للآخر استيفاء الكل كذا هنا، ولو عاب أحدهما قطع
الآخر؛ لأنه استحق كل اليد كأحد الشفيعين إذا غاب كان للآخر استيفاء الكل.

ولو قطع^(١٢) يمين رجل ويسار آخر، قطعت اليمين لصاحب اليمين، واليسار لصاحب
اليسار؛ لأن كل واحد منهما يتمكن من استيفاء حقه.

- | | |
|------------------------|--|
| (١) في دية: فيه. | (٧) في دية: ففي. |
| (٢) في دية: جراحة. | (٨) في دية: قصي. |
| (٣) في دية: متحري. | (٩) في دية: فيعلم. |
| (٤) في دية: بجريان. | (١٠) في دية: لا تضاييف. |
| (٥) في دية: يد بينهما. | (١١) في دية: التضاييف. |
| (٦) في دية: يد بينهما. | (١٢) في دية: قطع الآخر.... ولو قطع. سائفة. |

ولو قطع رجل أصبع رجل^(١) ويد آخر، تقطع أصبعه بأصبعه، ثم يتخير صاحب اليد بين قطع ما بقي وبين دية يده. أما البداية بقطع الأصبع؛ فلأنه اجتمع في أصبع القاطع حقان: حق صاحب الأصبع، وحق صاحب اليد، وتعد إيماء الحقيين بكماله من الأصبع. وتعد القصاء بينهما بالشركة في الأصبع، لأن القاطع لم يضع السكين على مفصل الأصبع لصاحب اليد، وليس لولي القصاص أن يضع السكين على موضع آخر^(٢) [لم]^(٣) يضع القاطع السكين عليه، فلا بد من البداية لأحدهما، فكانت البداية لصاحب الأصبع أولى؛ لأنه لا يفوت حق صاحب اليد في الكل، فكانت البداية له أولى، وأما تخيير صاحب اليد؛ فلأن حقه كان في يد فيها خمسة أصابع، وقد وجد يداً فيها أربعة أصابع، فكان أنقص من حقه فيتخير، كما لو سقط هذا الأصبع بأفة سماوية.

ولو بدأ صاحب اليد وقطع ضمن أرش الأصبع قاطع الأصبع؛ لأنه قصى بالأصبع حقاً مستحقاً لصاحب اليد فيضمن أرش الأصبع لصاحب الأصبع، وكذلك لو قطع مفصلاً من أصبع رجل، ومفصلين من أصبع آخر، وأصبعاً من آخر، قطع المفصل الأعلى للأول، ثم يتخير الثاني، ثم الثالث؛ لأن المفصل الأعلى مع المفصل الثاني، ومع الأصبع يزول منزلة الأصبع من^(٤) اليد، فكانا سواء.

ولو كانت يد القاطع شلاء خيّر المقطوعة يده؛ لأنه وجد حقه ناقصاً من حيث الضفة فيتخير.

امرأة قطعت يد رجل عمداً، فالرجل بالخيار إن شاء قطع يدها بذلك، وإن شاء يأخذ منها الدية لنقصان حقه، والتاقتص يستوي بالكامل^(٥) في باب القصاص إذا رضي بذلك، كما إذا قطع يد رجل ويد القاطع مثله، فله الخيار كذا هنا، ولو كان القاطع رجلاً، ففنع يد امرأة، فلا يجب لها إلا الدية؛ لأن الكامل لا يستوفي بالتاقتص.

رجل قطع أصبع رجل من مفصله، فإنه يقتص بمثله، فإن اقتص منه، ثم قطع أحدهما يد صاحبه، لا قصاص بينهما. هكذا ذكر في «التوازل».

إذا قطع كف رجل، وفيه^(٦) أصبع زائدة، وفي يد القاطع أصبع زائدة مثل ذلك، لا قصاص فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وكذلك إذا قطع ساعد رجل من المرفق، وقاطع اليد لا كف له، فلا قصاص في الساعد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى؛ لأن في الأول: الأصبع الزائدة توجب نقصاً فيهما، وفي الثاني لعدم تساوي في الأرض؛ لأن الساعد ليس فيه أرض مقرر.

ولو قطع أشل صحيحاً، فالمقطوعة يده بالخيار؛ إن شاء قطعه اليد الشلاء، وإن شاء أخذ

(١) في «د»: رجل ساقطة. (٤) في «د»: مع.
(٢) في «د»: ساقطة. (٥) في «أ»: بالكل، وفي «د»: بالكامل، وقد أثبتنا الأخيرة.
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»: (٦) في «د»: وفيهما.

الذبيحة، لأنه قدر على استيفاء حقه أصلاً لا وصفاً، وهذا التفاوت لا يمنع وجوب القصاص، لأنه عارض وليس بأصل، ولو كانت يد القاطع صحيحة، ثم شلت بعد القطع، فلا حق للمقطوع في الأرض، لأن حق المقطوع كان مقرراً في اليد فيسقط بقدر هلاك المحل.

رجل قطع أصبع رجل فسقط الكف، فإن كان القطع من المعضل، ولسقوط من المعضل، يعبه القصاص، وإن كان القطع من المفصل والسقوط من غير المفصل، أو القطع من غير المفصل، والسقوط من المفصل، فلا قصاص فيه، وتجب الذبيحة.

ولو كسر سن رجل من نصفها يؤخذ بالمبرد مثل ذلك، ولو ضرب غير إنسان فذهب ضوؤها والعين قائمة، فإنه يقتصر، لأنه يمكن استيفاء القصاص [في العين كما في الس] (١).

ولو قلع الحديقة كلها، أو فقاً العين بالسكين، فلا قصاص؛ لأنه عسى يؤدي إلى استيفاء الزيادة؛ لأن فيه من العروق ما يمنع التساوي، وإنما يجب القصاص في العين إذ كانت قائمة ذهب ضوؤها؛ لأن القصاص يمكن بأن يجعل على وجهه القطن المسلول ونحوه (٢) المرأة، فتجعل قبالة عينه حتى يذهب ضوؤها.

ولو قطع نصف أذنه يقتصر؛ لأنه يتصور استيفاءه من غير زيادة.

ولو قطع ذكره من الأصل دون الحشفة اقتصر منه، ولو قطع الحشفة ففيه القصاص (٣)، ولو قطع بعضها أو بعض الذكر، فلا قصاص فيه لتعذر اعتبار المماثلة.

وليس في قطع الحاجبين، ولا في حلق الرأس واللحية قصاص وإن لم ينبت؛ لأنه مما يجري فيه التفاوت، [وتجب الذبيحة فيهما بقوات منفعة الجمال] (٤).

وفي اللسان: القصاص إن أمكن استيفاءه من غير زيادة، وعن محمد رحمه الله تعالى: أنه [قال] (٥): لا قصاص فيه، ولا يقتصر فيما دون النفس إلا من الموضع الذي وقع العمل الأول فيه تحقيقاً للمساواة، فإن كان الشحاح في مقدم الرأس، أو في وسطه، أو مؤخره اقتصر منه في ذلك الموضع لا يتمدها لما مر، ولا تؤخذ الجراحة الضحيجة بالنافذة المعيبة، وإن كان المعيب في جراحة الجاني، والمحمي عليه صحيح الحارحة، فهو بالحيار: إن شاء اقتصر منه (٦)، وإن شاء أخذ أرض الجراحة؛ لأن حقه في الأصل بوصف السلامة، وقد عدم وصف السلامة، فبتخير، وليس له أن يأخذه، ويضمنه التقصان؛ لأن لأصابع تابعة للكف في الاستيفاء، وأنها (٧) جارية مجرى الوصف، والشرع: أوجب الضمان على خلاف القياس عند فوات الأصل والوصف جميعاً، فلا يجوز إفراد الوصف بالضمآن إلا إذا صار مقصوداً بالإتلاف.

(٤) في «هـ»: ساقطة، وفي «ي» «د».
(٥) في «هـ»: ساقطة، وفي «ي» «د».
(٦) في «د»: ساقطة.
(٧) في «د»: وأنه.

(١) في «هـ»: ساقطة، وفي «ي» «د».
(٢) في «د»: وتحشى أي توضع على النار حتى تحمر.
(٣) في «د»: القطع.

ولو قطع بضعة من لحم فخذ، أو موضعاً من بدنه^(١) أو جلدة، فلا قصاص فيه وليس في اللطمة والوكزة وغيرهما قصاص؛ لأن الثاني ربما يكون أوجع.

وأما الشجاج:

فالشجاج إحدى عشرة:

أولها: الخارصة: وهي التي تشق الجلد.

ثم الذامغة: وهي التي يخرج منها ما يشبه الذمغ.

ثم الدامية: وهي التي يخرج منها الدم [ويسيل]^(٢)، ثم الباضعة: وهي التي تبضع اللحم وتقطع البعض.

ثم المتلاحمة: وهي التي تقطع اللحم وهي فوق الباضعة.

ثم السمحاق: وهي التي تدي الجلد الرقيقة بين العظم واللحم، فإن تلك الجلدة تسمى سمحاقاً.

ثم الموضحة: وهي التي تقطع السمحاق، وهي الجلدة وتوضح^(٣) العظم.

والهاشمة: وهي التي تكسر العظم.

والمنقعة: وهي التي تكسر العظم، وتنقله عن موضعه.

والامة: وهي التي تظهر الجلدة التي بين العظم والدماع، فإن تلك الجلدة تسمى أمة الرأس، وهي أقصى الشجاج التي تكون في الرأس.

والجائفة: هي التي تصل إلى الجوف.

والنافذة: هي التي تنفذ إلى الجانب الآخر حتى لو^(٤) كان جائفتان يجب فيهما ثقب الذية في كل واحدة ثقب^(٥).

[ففي هذا كله إذا برأ ولم يبق له أثر فلا شيء له في العمد والخطأ]^(٦)، وموضع هذه الشجاج التي ذكرناها ما عدا الأمة والجائفة: الرأس والوجه والذقن، وموضع الأمة: الرأس خاصة، وموضع الجائفة: الجوف، وحكم هذه الشجاج، فتقول: يقتصر من الدامية، والباضعة، والمتلاحمة، والسمحاق، والموضحة إن كان عمداً. أما الموضحة: فلأن اعتبار المساواة فيها ممكن غوراً وطولاً، لأنه ينتهي بالسكين إلى العظم، وليس فيه كسر العظم. وأما ما سوى الموضحة: لأن اعتبار المساواة فيها أيضاً ممكن^(٧) بمعرفة غور الجراحة بمسار، ثم يعمل حديدة على قدرها، فينفذ في اللحم إلى أن يستوفي منه مثل ما فعل.

(١) هي دة: سزته.

(٢) هي دة: ساقطة، وهي في دة.

(٣) هي دة: وموضع.

(٤) هي دة: ساقطة.

(٥) في دة: ثلاثة.

(٦) هي دة: ساقطة، وهي في دة.

(٧) في دة: ممكن غوراً وطولاً. . . فلأن مسير

المساواة فيها. مسكن: ساقطة

وحكم هذه الشحاح. إن كان خطأ حكومة عدل إلا الموضحة؛ لأنه ليس فيما عدا الموضحة أرش مقدر. واختلف المشايخ في تقدير حكومة العدل، والمختار: قولان.

أحدهما أنه ينظر إلى المجني عليه لو كان عبداً كم تنقص تلك الحراقة من قيمته، يجب مقدار ذلك من دية إن كان ينقص عشر القية، وجب عشر الذية [فعلى هذا المثال] (١).

والثاني: أنه ينظر كم مقدار هذه الجنائية (٢) من أصل (٣) الجنائية التي لها أرش مقدر في لشرع، وهي الموضحة، فإن كان مقدارها من الموضحة نصحها وجب أرش الموضحة، وإن كان ثلثاً؛ فثلث، فينظر المفتي إن أمكنه الفتوى بالثاني بأن كانت الجنائية على الرأس والوجه، فإن موضع الموضحة: الرأس والوجه، يفتى بالقول الثاني، وإن لم يتيسر يفتى بالقول الأول، وإن شاء أفتى بالأول؛ لأنه أيسر، وبه يفتى.

وفي الموضحة: إن كان خطأ نصف عشر الذية، وفي الهاشمة: عشر الذية، وفي المنلة: عشر الذية ونصف عشر الذية، وفي الآمة والجائفة: في كل واحدة ثلث الذية، وفي النافلة: ثلث (٤) الذية؛ لأن النص ورد به، فإنه روي عن النبي ﷺ [أنه] (٥) بينه في كتاب عمرو بن حزم، ويستوي الجواب في هذه الشحاح بين الخطأ والعمد إلا في الموضحة.

ولو شج رجل رجلاً شحة ورأس المشجوج أعظم، فلا يستوفي طول شجته، وخير بين الأرش والقصاص، وإن كان رأس الشاح أعظم خيراً أيضاً. أما إذا كان رأس المشجوج أعظم وأخذت الشجة من الجبهة إلى القفا، أو من الأذن إلى الأذن، ويأخذ رأس الشاح وي زيد عليه؛ يتخير المشجوج بين الأرش والقصاص؛ لأنه لم يجد (٦) مثل حقه من حيث المقدار، فيتخير، وأما إذا كان رأس [الشاح] (٧) أعظم فتسع الحمجمة (٨) الشجة (٩) وزيادة يتخير إن شاء شج رأس الشاح من أي الجانبين أحب طولاً أو عرضاً مقدار شجته، وإن شاء أخذ أرشها، وإن وجد مثل حقه بكماله من حيث المقدار؛ لأنه لم يجد مثل حقه بكماله من حيث المعنى، وهو إلحاق الشين بالشاح؛ لأن ما يلحق الشاح بالشجة من الشين دون ما يلحق المشجوج إذا كان لا يستوعب (١٠) من الجبهة إلى القفا، ومن الأذن إلى الأذن، وإن كان رأسهما سواء، فله أن يقتص من أي جنب شاء، لكن مقدار شجته.

رجل شج رجلاً موضحة عمداً، ورأسه أصلع، لا قصاص فيه، وعليه الذية؛ لأن بهما تفاوتاً، فإن كان رأس الشاح أصلع أيضاً، فعليه القصاص لوجود المماثلة، وإن لم يكن أصلع، ولكن قال: رضيت، لا يقتص؛ لأن في هذا استيفاء الكامل بالقصاص، وليس في هذا قصاص، بل تجب فيه الذية، وصار كاستيفاء الصحيح بالسلام.

- (١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «د»: يوجد.
(٢) في «د»: الجراحة. (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٨) في «د»: ساقطة.
(٣) في «ج»: أقل. (٩) في «د»: لشجته، وفي «د»: مثلما في «د» والثالث الأول.
(٤) في «د»: ثلثاً. (١٠) في «د»: لا يستوجب.
(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

موضحة الأصل أقل من موضحة غيره، وهما يستويان في الهاشمة؛ لأن في الهاشمة كسر العظم وهما في العظم سواء، فأما في الموضحة: شق الجلد، وجلد الأصل أنقص من جلد غيره، فكان فيه حكومة عدل.

ولو شح موضحة يجب فيها القصاص، وإن مات منها يجب القصاص، والموضحة في الرأس والوجه سواء وفي الموضحة التي في الأنف حكومة عدل.

ولو شح رأس رجل أصلح موضحة خطأ، فعلى الشاح أرش الموضحة، وهي خمس من الإبل.

ولو شح هاشمة فعليه أرش الهاشمة، وهي عشر من الإبل.

رجل شح رجلاً موضحة فبرأت، ونبت الشعر، فلا شيء فيه، وهو قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان: تجب الحكومة، وهو قول أبي يوسف. وكذلك^(١) الحكم في الجراحات إذا برأت.

ولو شح رجل منقولة فبرأ حتى لا يرى له أثر، فلا شيء على الجاني ما خلا ثمن الأدوية^(٢) وأجرة الذي داواه، وهذا قول محمد رحمه الله تعالى، ولو بقي من أثره شيء قليل بعد البرء فعليه أرش المنقولة.

وأما المعاني المانعة من استيفاء القصاص من الجنون الطاريء، ودعوى الشبهة وغيرهما إلى آخره:

رجل قتل رجلاً^(٣)، وله ولي، ففُضِيَ القاضي بالقصاص قبل^(٤) أن يدفع إلى ولي الذم فجن القاتل لا قصاص عليه استحساناً وتؤخذ منه الذية، ولو جن بعد الدفع فله أن يقتله؛ لأن شرط وجوب القصاص عليه^(٥) أن يكون مخاطباً حالة الوجوب، وذلك إنما يكون بالقضاء أو يتم^(٦) الدفع إلى ولي القاتل، فإذا جن قبل الدفع، فقد تمكن الخلل في الوجوب، فصار كما لو جن قبل القضاء، بخلاف ما بعد الدفع؛ لأن تلك الحالة حالة الاستيفاء، ربه ينتهي الوجوب، وعمد الضبي والمجنون خطأ؛ لأن فعلهما لا يوصف بالجنابة.

رجل جاء إلى نائم، فذبحه، وادعى أنه ذبحه وهو ميت، يضمن الذية ولا يقتل استحساناً؛ لأنه ادعى الشبهة.

وإذا كان يجن ويفيق فقتل إنساناً في حالة الإفاقة يقتل؛ لأنه إذا أفاق كان هو والصحيح سواء، فإن جن بعد ذلك هل يسقط القصاص؟ إن كان الجنون مطبقاً، بأن كان شهراً أو سنة على حسب ما اختلفوا في الجنون المطبق يسقط، وإن كان غير مطبق لا

(١) في «د»: ساقطة.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: التواء.

(٤) في «د»: قتيلاً.

(٥) في «د»: عقل.

(٦) في «د»: استحساناً... القصاص عليه.

ساقطة.

(٧) في «د»: أو يتم.

يسقط، ولكن يزجر الاستيفاء إلى أن يفيق.

وأما فيمن له ولاية استيفاء القصاص، وفيمن ليس له ولاية استيفاء القصاص: العبد المرمون إذا قتل عمداً. إن اجتمع الزامن والمرتهن، فلهما أن يقتلاه؛ لأن الحق لهما.

أخوان من أب وأم، فقتل أحدهما أباه عمداً، ثم قتل الآخر الأم [عمداً] (١) فإن (٢) الأول يقتل الثاني [قصاصاً] (٣) ويسقط القصاص عن (٤) الأول، ويغرم لورثة الثاني في سبعة أثمان الذية؛ لأنه لما قتل الأول الأب صار القصاص ميراثاً بين الأم وبين الأخ الآخر للأخ من ذلك الثمن، فلما قتلها الآخر صار ذلك الثمن ميراثاً للأول، فقد ورث من الأم الثمن من دمه، فغرم سبعة أثمانه للوارث الثاني (٥).

وللاب أن يستوفي القصاص [إذا وجب] (٦) لابنه الصغير في النفس وفيما دون النفس، وله أن يصلح عنهما، وللوصي أن يستوفي في ما دون النفس، لأنه يحري مجرى الأموال، ولو صالح فيه (٧). اختلفت (٨) الروايات، في بعض الروايات (٩): له ذلك، وليس للقاصي أن يستوفي القصاص عن الصغير في النفس وفيما دون النفس، ولا له أن يصلح، وذكر في الضلع أن من قتل ولا ولي له فلا إمام قتله إن كان عمداً، وليس له أن يصلح، وولاية استيفاء القصاص لمن يستحق القصاص، والمستحق للقصاص من يستحق مال القتل على فرائض الله تارك وتعالى، يدخل فيه الزوج والزوجة، وكذا والديه (١٠)، لأن الوارث يخلف المورث في استحقاق ما كان له، وليس لبعضهم أن يقتصر دون بعض إذا كانوا كباراً (١١) لاحتمال أن الآخر قد عفا عنه، ولو كان في الورثة صغار وكبار، فللكبار الاستيفاء قبل بلوغ الصغار عد أبي حنيفة رحمه الله تعالى خلافاً لهما رحمهما الله تعالى، ولو كان في ورثة المقتول، ولد القاتل أو ولد ولده بطل القصاص وعليه الذية لجماعتهم؛ لأن الولد لا يستحق القصاص على الوالد فنقلب مالا، [وكذلك لو مات بعض ورثة القاتل يسقط القصاص وانقلب نصيب الآخرين مالا] (١٢)، والمدير وأم الولد وولدهما بمنزلة العبد في القصاص؛ لأنهما مملوكان، ولو قتل المكاتب، ولم يترك وفاً، فللمولى القصاص؛ لأنه مات عبداً، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى في معتق البعض: إذا مات عاجزاً: أنه لا قصاص؛ لأن ملك المولى لا يعود بعونه، ولا ينقضى (١٣) استحقاق المعتق، ولو ترك المكاتب وفاً وورثة غير المولى، فلا قصاص؛ لأن بعض الصحابة قالوا: مات حرّاً، فيكون الإرث للورثة، وبعضهم قالوا: مات عبداً، فتمكن

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٨) في «د»: اختلف.
(٢) في «د»: ساقطة. (٩) في «د»: في بعض الروايات: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (١٠) في «د»: والديه، وهي «أ»: الذية، وقد أثبتنا ما في «د».
(٤) في «د»: من. (١١) في «د»: كباراً، وهي «أ»: أكبراً، وقد أثبتنا ما في «د».
(٥) في «د»: للورثة الباقي. (١٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
(٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (١٣) في «د»: ولا يتنقص.
(٧) في «د»: ساقطة.

شبهة الجهالة في المستحق، ولو كان وارثه المولى كان له استيفاء القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى؛ لأنه لا شبهة في المستحق، وقال محمد رحمه الله تعالى لا يستوفيه المولى؛ لأنَّ الشبهة وقعت في سبب استحقاقه، فإن مات حرّاً استحق بجهة الولاء، وإن مات عبداً استحق بجهة الملك، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: في عبد قتل في يد البائع قبل القبض عمداً: أن المشتري بالخيار، فإذا اختار^(١) البيع فله القصاص؛ لأنَّ القصاص له حكم البدل عن المحل، ولهذا لا يجمع بينه وبين الذبحة، وإن رده فللبائع القصاص؛ لأنَّ العقد انتقض من الأصل، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إذا قتل العبد الصديق في يد الزوج قتل القصاص، أو بدل الخلع، أو بدل الصلح عن دم العمد، فذلك بمنزلة البيع قبل القبض؛ لأن ملك اليد للزوج، ولو قتل في يد المشتري، وللمشتري خيار الشرط أو الرؤية، فالقصاص للمشتري؛ لأنَّ خياره سقط بتغير المبيع^(٢) في يده، وإن كان الخيار للبائع، فإن شاء البائع تبع القاتل [فقتله]^(٣) لأنَّ العبد ملكه، وإن شاء ضمن المشتري، ولا قصاص للمشتري؛ لأنَّ مضمون في يد المشتري، وكذلك المغضوب إذا قتل في يد الغاصب واختار المالك تصميته، فلا قصاص للغاصب، لأنَّ الملك ثبت له الآن مستنداً إلى وقت القبض، فلا يظهر في حق القصاص [ولو]^(٤) وكان العبد موصى برفقته لرجل وبخدمته لآخر، فقتل عمداً لم يفرد واحد بالقصاص؛ لأنَّ الحق لهما، ولو قتل رجل عمداً، وليس له ولي^(٥) غير السلطان فإن له أن يقتل ويأخذ الذبحة في قولهم لقوله عليه الصلاة والسلام: «السُّلْطَانُ وَلِيٌّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ».

واللَّيْقُطُ إذا قتل عمداً فللإمام أن يقتله في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى.

وأما فيما يجوز الاستتجار والتوكيل^(٦) على استيفاء القصاص وفيما لا يجوز:

رجل له على آخر قصاص في النفس أو فيما دون النفس، فاستأجر رجلاً ليقنص له، فما كان فيما دون النفس جاز الاستتجار عليه، وفي النفس لا؛ لأنَّ فيما دون النفس: الاستتجار لعمل معلوم، وفي النفس: لا، وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز فيهما. هكذا ذكر في «العيون»، ولو وكل وكيلاً يطلب دم عمداً وإقامة^(٧) البيّنة والخصومة^(٨) جازت الوكالة في الخصومة، ولم تجز في القصاص في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا تجوز الوكالة في الخصومة أيضاً في الدّم. أبو يوسف رحمه الله تعالى: يقول: الوكيل قائم مقام الموكل في الخصومة، فكان كالبدل عنه، والقصاص لا يثبت بالإبدال من الحجج، فلا

(١) في «ج» و«د»: فإن اختار. وفي «هـ»: أجاز.
والعمد الأول.
(٢) في «د»: المشتري.
(٣) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».
(٤) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».
(٥) في «د»: ولا ولي.
(٦) في «د»: بالتوكيل. وفي «هـ»: الوكيل، وفي «ز»: أثبتنا الأول.
(٧) في «د»: وأقام.
(٨) في «د»: بالخصومة.

يثبت بالإبدال من الخصومة، وصار كالوكيل^(١) بالاستيفاء. هما رحمهما الله تعالى بقولان
البديلة في الحجة إنما منعت إثبات القصاص؛ لأن ثبوت القصاص مضاف إلى الحجة
والبدل دون الأصل فلا يجوز أن يثبت ما يدرأ بالشبهات بالإبدال من الحجج لقصور في
الحجة، هذا المعنى معدوم في البديلة في الخصومة؛ لأن ثبوت القصاص مضاف إلى
الحجة^(٢) لا إلى الخصومة بخلاف التوكيل بالاستيفاء؛ لأن الموكل إذا كان غائباً وقت
الاستيفاء يتوهم العفو من الموكل حال استيفاء الوكيل^(٣) حتى لو كان الموكل حاضراً جاز
التوكيل بالاستيفاء، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لو وكل وكيل بالخصومة، وهو حاضر
صحيح جاز إن رضي حصمه وإن لم يرض؟ لم يجز في كل شيء، وقلا: يجوز في غير
الذم، وإن كان غائباً، أو مريضاً. جاز في قولهم، والمسألة مرت في كتاب الوكالة.

ولو وكل المطلوب وكيل بالخصومة في باب القصاص، اختلف المشايخ فيه، قال
معصم: يجوز في قولهم، وقال بعضهم: هو أيضاً على الاختلاف، ولا يقبل قول الوكيل حتى
يشهد شاهداً سواء؛ لأن إقرار الوكيل [أيضاً]^(٤) بالخصومة يدل على إقرار الموكل، فإنه قائم
مقامه، والقصاص لا يثبت بسائر الأبدال من الحجج، فلا يثبت بهذا البدل أيضاً، وكل جناية
أوجب آرشاً، أو دية جاز التوكيل في خصومته وقبضه؛ لأنه توكيل بالخصومة في المان، وأنه
جائز، سواء كان من قبل الطالب، أو من قبل المطلوب، فإن إقرار^(٥) الوكيل عند القاضي وعد
غير القاضي على موكله جائز^(٦) [إقراره]^(٧) في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال أبو
حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يجوز إقراره عند غير القاضي. أما إذا أقر عند القاضي،
دلالة أقر بما يثبت بسائر الأبدال من الحجج، فيثبت^(٨) بهذا البدل، وهو الإقرار أيضاً. أما إذا
أقر عند غير القاضي فالحجج قد مرت في كتاب الوكالة، فلا يحوز للوكيل أن يوكل غيره إلا
أن يفوض ذلك إليه؛ لأنه رضي برأيه لا برأي غيره.

ولو وكل وكيلين بالخصومة؛ كان لأحدهما أن يخاصم. والمسألة قد مرت في كتاب
الوكالة.

وأما فيما يجب الذبات في النفس، والأرض، فيما دون النفس:

مجنون قصد قتل إنسان، فقتله الموصول عليه^(٩)، أو بغير صائل، قصد إسائاً فقتله
الموصول عليه تجب عليه دية المجنون، وقيمة الذية؛ لأنه أثلف مال إنسان لمصلحة
نفسه^(١٠)، فصار كمن أكل مال إنسان لدفع الجوع عن نفسه يصمن قيمته كذا هنا

- | | |
|--|---|
| (١) في «د»: كالوكيل. | (٦) في «د»: جار |
| (٢) في «د»: والبدل دون الأصل. . . مضاف | (٧) في «أ»: ساقطة، وفي «د». |
| إلى الحجة. ساقطة. | (٨) في «د»: ثبت. |
| (٣) في «د»: حالة الاستيفاء من الوكيل غير | (٩) في «د»: المقصود إليه. |
| موجودة وهي في «أ». | (١٠) في «د»: نفسه، وفي «أ»: إنسان، وقد أثبت |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وفي «د». | ما في «د». |
| (٥) في «د»: أقر. | |

صبيان يلعبون بالرمي، فأصاب رمي أحدهم عين امرأة فذهبت عينها، والرامي ابن خمس سنين تجب الدية على عاقلة الضي. هذا إذا شهد الشهود بذلك، فإن لم يشهدوا، ولكن أقر به الضي، أو شهد به^(١) الضي [على ذلك]^(٢) فإنه لا شيء على أحد، لأن شهادتهم وإقرارهم غير معتبر^(٣).

رجل أراد أن يستكره امرأة أو غلاماً، على الفاحشة، لهما أن يقتلاه؛ لأن الدفع واجب عليهما، فإن قتلاه فدمه هدر؛ لأن الشرع أطلق له الدفع، ولا يمكنه دفعه إلا بهذا الطريق، فجعل مأذوناً في ذلك شرعاً.

رجل أخذ إنساناً وحبسه حتى مات جوعاً، فإنه يجزئ^(٤) عقوبة، والدية على العاقلة؛ لأنه في معنى الخطأ.

رجلان اصطدما فوقعا، فماتا، إن وقع كل واحد منهما على وجهه، فدية كل منهما على صاحبه، وإن وقعما على قفاهما فلا شيء على أحد؛ لأن كل واحد منهما وقع بقرة نفسه^(٥) وإن وقع واحد على قفاه، والآخر على وجهه، فدية الذي وقع على قفاه هدر؛ لأنه سقط بفعل نفسه، ودية الآخر على عاقلة صاحبه.

صبي في يد أبيه فجذبه إنسان من يده والأب يستمسك حتى مات، فدية الضي على الجاذب، ويرث منه الأب؛ لأنه مات بصنع الجاذب، ولو جذباه حتى مات، فالدية عليهما، ولا يرثه الأب، وكل قتل هو شبه العمد بوجوب الدية على العاقلة.

وتفسيره: ما تعمد ضربه بالسوط، أو بالعصا، أو بالحجر الذي ليس له حد أو اليد؛ لأنه اجتمع في هذا الفعل معنيان: معنى العمد: باعتبار قصد الفاعل إلى ضربه، ومعنى الخطأ: باعتبار عدم قصد الفاعل إلى قتله؛ لأن هذه الآلة: آلة الضرب للتأديب دون القتل، فكان حكمه وجوب الدية المغلظة على عاقلة القاتل، لقوله عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة: «أَلَا إِنَّ قَتْلَ الْعَمْدِ قَتْلُ السُّوطِ وَالْعَصَا فِيهِ بَائِتَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَرْعُونَ مِنْهَا خَلِيفَةً فِي بَطْنِهَا أَوْلَادُهَا». وأما على عاقلة القاتل بمنزلة الدية في الخطأ على ما يأتي بيانه، وكذا حكم وجوب الكفارة على القاتل؛ لأن معنى العمدية سقط في حق الدية، وأنها غرامة محضة، فلأن سقط في حق الكفارة. وأنها عبارة عن كل وجه أو من وجه أولى، وكذا حكم حرمان الميراث لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا مِيرَاثَ لِقَاتِلٍ»، بعد صاحب القربة، وقتل الخطأ أن يقصد غيره، فيصيبه، أو يقصد قتل شخص على ظن أنه مباح الدم، فإن^(٦) رمى على ظن أنه صيد أو حربي، فإذا هو حرام الدم، فإن^(٧) ظهر أنه مسلم أو ذمي، فحكمه وجوب الدية لقوله تعالى: «وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مَوْسَرَةٌ وَبِئْسَ تُكْسَةً

(١) في «د»: ساقطة.
(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: مقبولة.
(٤) في «د»: برجع.
(٥) في «د»: وإن وقعما على قفاهما... وقع غوة.
(٦) في «د»: ساقطة.
(٧) في «د»: مؤد.

إِلَّا أَهْلِيهِ»^(١)، وَأَمَّا الرُّجُوبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، فَلَمَّا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي
فَضْلِ الْمَرْأَةِ الَّتِي قُتِلَتْ ضَرْبَهَا بِعُودٍ بِسَطَاطٍ، أَوْ بِسَطَطٍ خَنْبِهِ أَنَّهُ قَضَى عَلَى عَاقِلَةِ الصَّارَةِ
بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ. وَوَجُوبُ الذِّبَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ مَعْقُولٌ؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الْفِعْلِ إِنَّمَا يَقْصِدُهُ الْعَاثِلُ
بِرِيَادَةِ قُوَّةٍ لَهُ^(٢)، وَهِيَ إِنَّمَا تَكُونُ بِالتَّنَاصُرِ، وَلِلتَّنَاصُرِ أَسْبَابٌ: مِنْهَا مَا يَكُونُ بَيْنَ^(٣) الْعَشَائِرِ
وَمِنْهَا: مَا يَكُونُ بَيْنَ^(٤) أَهْلِ الْمَحَالِ، وَمِنْهَا: مَا يَكُونُ بَيْنَ أَهْلِ الْحَرْفِ، فَإِنَّمَا تَمْكُنُ الْعَاثِلُ
مِنْ هَذَا الْفِعْلِ بِنَصَرَتِهِمْ^(٥)، فَوَجِبَ الْمَالُ عَلَيْهِمْ لِيَكُونَ زَجْرًا لَهُمْ^(٦) عَنْ نَصْرَةِ السَّفَهَاءِ
وَحِمْلًا لَهُمْ عَلَى مَنَعِ السَّفَهَاءِ^(٧)، وَالتَّنَصُّ وَإِنْ كَانَ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ، لَكِنْ إِذَا ثَبِتَ فِي شِبْهِ
الْعَمْدِ ثَبِتَ فِي الْخَطَا؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الْأَمْرِ قَدْ مَا يَتَلَوَّى بِهِ الْمَرْءُ مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ إِلَّا بِضَرْبِ^(٨)
تَهَاوُنٍ وَقِلَّةِ مَالَةٍ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ بِنَصْرَةِ غَيْرِهِ.

رَحَلَ جَامِعٌ جَارِيَةٌ لَا يَجَامِعُ مِثْلَهَا، فَمَاتَتْ مِنْهَا، فَإِنْ كَانَ الرَّاغِبُ زَوْجَهَا كَانَ عَلَيْهِ
الْمَهْرُ، وَالذِّبَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ زَوْجَهَا كَانَ عَلَى عَاقِلَتِهِ الذِّبَةُ، وَجَنَائَةُ الضَّيِّ
وَالْمَجْنُونِ، عَمْدًا كَانَ أَوْ خَطَاً عَلَى عَاقِلَتِهِمَا؛ لِأَنَّ هَذَا قَتْلُ الْخَطَا حَكْمًا؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْعَمْدِ
أَنْ يَحْبِبَ بِهِ الْقَصَاصُ وَالْإِثْمُ، وَلَمْ يَوْجَدْ، فَكَانَ خَطَاً حَكْمًا، فَتَجِبَ بِهِ^(٩) الذِّبَةُ عَلَى
الْعَاقِلَةِ، هَذَا إِذَا كَانَتْ الْجَنَائَةُ نَفْسًا، فَأَمَّا إِذَا كَانَتْ الْجَنَائَةُ مِثْلًا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ إِنْ كَانَ
مَقْدَارُ أَرْشِ الْمَوْصُحَةِ فَصَاعِدًا، يَجِبُ عَلَى عَاقِلَتِهِمَا عَمْدًا كَانَ أَوْ خَطَاً، وَإِنْ كَانَ دُونَ ذَلِكَ
يَجِبُ فِي مَالِهِمَا عَمْدًا كَانَ أَوْ خَطَاً، وَدِيَةِ الْمَرْأَةِ نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ، لِأَنَّ كُلَّ امْرَأَةٍ أَقِيمَتْ
مَقَامَ نِصْفِ الرَّجُلِ فِي الْمِيرَاثِ وَالشَّهَادَةِ^(١٠)، فَكَذَا فِي الذِّبَةِ، وَكَذَا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ.

وَأَمَّا الْأَرْشُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ:

وَكُلُّ شَيْءٍ فِي النَّفْسِ زَوْجٌ فِيهِمَا دِيَةٌ، وَفِي إِحْدَاهُمَا نِصْفُ الذِّبَةِ لَمَّا رَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ
مُحَمَّدُ بْنُ عَمْرِو بْنِ حَزْمٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «كَتَبْتُ كِتَابًا طَوِيلًا حَيْثُ نَعَتْ إِلَى
الْيَمَنِ وَذَكَرْتُ فِيهِ الْفَرَائِضَ وَالسُّنَنَ وَفَرَائِضَ الصَّدَقَاتِ وَفَرَائِضَ الذَّبَائِحِ وَذَكَرْتُ فِيهِ أَنَّ فِي النَّفْسِ
مِائَةً مِنَ الْإِبْلِ، وَفِي الْأَنْفِ الذِّبَةُ وَفِي الشَّفَتَيْنِ الذِّبَةُ، وَفِي اللِّسَانِ الذِّبَةُ، وَفِي الْعَيْنَيْنِ الذِّبَةُ،
وَفِي الصُّلْبِ الذِّبَةُ، وَفِي الذِّكْرِ الذِّبَةُ، وَفِي الْأُتْبَيْنِ الذِّبَةُ، وَفِي الرَّجْلِ الذِّبَةُ، وَفِي الْأَمَةِ
ثُلُثُ الذِّبَةِ، وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الذِّبَةِ، وَفِي الْمُثْقَلَةِ خُمْسُ عَشْرَةٍ مِنَ الْإِبْلِ، وَفِي الْمَوْصُحَةِ
خُمْسُ مِنَ الْإِبْلِ» وَالْمَقَادِيرُ تُعْرَفُ بِالتَّنَصُّ وَالْمَقَّةُ [فِيهِ]^(١١) أَنَّ وَجُوبَ كَمَالِ الذِّبَةِ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ يَتَنَبَّهُ عَلَى أَصْلَيْنِ:

- | | |
|--|---|
| (١) سورة النساء آية (٩٢). | (٧) فِي دَدٍ، لَ، وَمِي دَا، وَحِمْلًا لَهُمْ، وَقَدْ أَتَتْ
مَا فِي دَدٍ. |
| (٢) فِي دَدٍ: قُوَّةٌ لَهُ: سَاقَطَةٌ. | (٨) فِي دَدٍ: الْإِنْصِرَافُ. |
| (٣) فِي دَدٍ: مِنْ | (٩) فِي دَدٍ: سَاقَطَةٌ. |
| (٤) فِي دَدٍ: مِنْ | (١٠) فِي دَدٍ: سَاقَطَةٌ. |
| (٥) فِي دَدٍ: بِنَصَرَتِهِمْ. | (١١) فِي دَدٍ: سَاقَطَةٌ. |
| (٦) فِي دَدٍ: سَاقَطَةٌ. | |

أحدهما: أنه متى فوت جنس منفعة على الكمال، أو فوت جمالاً على الكمال بحسب كمال الذية.

والثاني: أن كل ما كان في النفس فرداً هو^(١) في^(٢) الأعضاء كالأنف، واللسان، والذكر، أو من المعاني: كالعقل والبصر والسمع والشم يجب بإتلافها كمال الذية، وإن ما^(٣) كان في الآدمي زوجاً كاليدين والرحلين والأذنين يجب بإتلافهما كمال الذية، وإتلاف أحدهما نصف الذية، لكن هذين الأصلين إنما يعبران في غير المنصوص، لأن معنى النص يراعى في غير المنصوص، وفي المارن: الذية، والمارن: ما دون قصبه الأنف، وهو ما لأن منه؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال، وهو منفعة استمساك المحاط، وفوت جمالاً على الكمال، وفي قطع بعض اللسان بحيث^(٤) يمنع الكلام: الذية؛ لأن بقطع البعض فوت جنس منفعة على الكمال، وإن كان يمنعه عن بعض الكلام؟ تكلموا فيه، والمختار: أنه تجب الذية بقدر ما فات^(٥).

وطريق معرفته^(٦): أنه يمتحن^(٧) بجميع الحروف المجتمعة التي فيها مدار الكلام المعرب وهي ثمانية وعشرون حرفاً، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف أربعة عشر لا غير، علم أن الفائت نصف الكلام، فيجب نصف الذية: «لأنَّ عَلِيّاً رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ فَكَذَلِكَ قَضَى فِي هَذِهِ الْحَادِثَةِ» وما كان في النفس فرداً: ففيه دية كالذكر واللسان، والأنف؛ لأن ما كان في النفس فرداً كان تفويته تفويت جنس منفعة على الكمال، وفي الحشفة: الذية؛ لأن فوت جنس منفعة على الكمال، وهي منفعة الوطء والإبلاج، وفي الضلْب: الذية إن أُحْدِب أي انحنى، أو منع الجماع؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال إن منعه عن الجماع أو جمالاً على الكمال إن أُحْدِبَه ولم يمنعه عن^(٨) الجماع، ولو ضربه على رأسه، فذهب عقله أو سمعه، ففيه دية؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال، وفي كل أصبع: عشر الذية؛ لأنَّ ورد به النص، ويقسم^(٩) بين كل أصبع، فكل أصبع فيها ثلاث مفاصل، فعشر الذية ينقسم عليها أثلاثاً، وإن كانا مفصلين نصفين؛ لأنَّ النبي ﷺ لما أوجب عشر الذية في كل أصبع من غير فصل وكل أصبع لها ثلاث مفاصل كان كل مفصل ثلث الأصبع فيجب فيه عشر^(١٠) دية الأصبع؛ وفي كل سن نصف عشر الذية؛ لأنَّ النص ورد به، ولو حنَّ الزَّاس^(١١) ولم ينبت، ففيه دية، وكذا اللحية، وكذلك إذا نثف الحاجبين والأهداب، إذا نبت؛ لأنه أزال جمالاً على الكمال، والتأبید، فلزمه كمال الذية، كما لو قطع الأذنين. هذا إذا حلق الحر أما إذا حلق^(١٢) لحية العبد، فمن أصحابنا رحمهم الله تعالى رويان: هي

(١) في «هـ»: ساقطة.

(٢) في «هـ»: من.

(٣) في «هـ»: وكل.

(٤) في «هـ»: ساقطة.

(٥) في «هـ»: كان.

(٦) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ».

(٧) في «هـ»: يلحن.

(٨) في «هـ»: من.

(٩) في «هـ»: ويقسم.

(١٠) في «هـ»: ثلث.

(١١) في «هـ»: ساقطة.

(١٢) في «هـ»: الحر، أما إذا حلق. ساقطة.

رواية يجب كمال الذية، وفي رواية: تجب حكومة العدل^(١).

وأما إذا حلق نصف الذية تجب حكومة العدل؛ لأنه ما أزال حملاً على الكمال، فإنه يتحمل ويتزين بالجانب الآخر، ولم يفصل في بعض المواضع في الذية بينما إذا كانت وافرة وبسيما إذا لم تكن، وفصل مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى، وقالوا: إن كانت الذية وافرة يجب كمال الذية، وإن كانت شعيرات يسيرة على ذقنه، لا يجب شيء؛ لأنه أزال عنه الشئ؛ وإن كان أكثر من ذلك بأن كان على الذقن والخذ، لكن غير وافرة بأن لم تكن متصلة تجب فيه حكومة العدل، وهو الصحيح. هذا إذا حلق خطأ بأن حلق^(٢) على ظن أنه مباح الدم^(٣)، فأما إذا تعمّد، فكذلك الجواب؛ لأنه تعمّد إيجاب القصاص في الشعر.

رجل ضرب سن إنسان، فسقط، فنبت مكانه أسود، أو حلق رأسه، فنبت أبيض والرجل شاب يجب في السن جميع أرشها، وفي الشعر لا شيء؛ لأنه لو حلق بعد ذلك ولم ينبت فعليه الذية؛ لأن الأبيض من الشعر والأسود سواء [وقيل^(٤)]: يجب في الشعر حكومة العدل، وأما إذا قطع الأظفار: اختلف المشايخ فيه؟ قال بعضهم: يجب كمال الذية، وقال بعضهم: لا يجب.

ولو ضرب يداً فشلت لا ينتفع بها، أو عيناً فذهب بصرها أو ابيضت، وهي قائمة بعينها، ففيها الذية، لأن المعتبر في وجوب الذية فوات^(٥) المنفعة لا فوات العضو، وهذا موجود، وفي كل شفر ربع الذية إن لم ينبت؛ لأنه أرباع في البدن فتتوزع الذية عليهما، والمراد من الأشفار: الأهداب. والأشفار: منابت الشعر لغة لكن كنى محمد رحمه الله تعالى عن الأهداب بالأشفار لاتصال بينهما، ودية جفن وشفر ربع الذية؛ لأن الجفن تبع للشفر؛ لأن الجمال والمنفعة في الشفر؛ فتجب دية الشفر كمن قطع يداً عليها أصابع يجب نصف^(٦) الذية فقط، وإن كانت الذية بقطع الأصابع وحدها؛ لأن للكف تبع للأصابع.

وفي حلمة الثدي المرأة نصف ديتها؛ لأن اللبن لا يستمسك في الثدي بعد موت الحلمة فتفوت المنفعة بقطع الحلمة^(٧) يجب بقطع حلمة [ثدي]^(٨) المرأة لذية، ويقطع حلمة نصف الذية، وفي ثدي الرجل حكومة عدل؛ لأنه ما أزال منفعة ولا حملاً، فلا يجب أرش مقدّر فتجب حكومة العدل.

وفي ذكر الخصي، ولسان الأخرس، ويد الشلاء، ورجل المرجاء وعين قائمة عوراء، وسن سوداء، وذكر العينين، حكومة عدل؛ لأنه لم يفوت حملاً ظاهراً على الكمال، ولا جنس منفعة على الكمال؛ لأن تمام الجماع بالإنزال، وإذا من الحصى لا يتصور، فلا يجب

(١) في «د»: ساقطة.
(٢) في «د»: ظن غير موحدة وهي في «هـ» جر.
(٣) في «هـ»: الذقة، وفي «د»: الدم وقد أثبتنا (٦)
(٤) في «د»: فتوت المنفعة بقطع الحلمة. ساقطة.
(٥) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».
(٦) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».
(٧) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».
(٨) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د».

كمال الذبحة، فتجب حكومة عدل، وفي كسر سن عمداً كان أو خطأ حكومة عدل؛ لأنه لم يرد في الشرع تقدير الأرض في هذا الموضع، فتجب حكومة عدل.

ولو قطعت يد إنسان^(١) من نصف الساعد كان فيه نصف الذبحة وحكومة عدل، لأن الساعد أصل وليس يتبع؛ لأنه لو كان تبعاً إما أن يكون تبعاً للأصابع أو للكف. لا وجه للأول؛ لأنه غير متصل بالأصابع، ولا وجه للثاني؛ لأن الكف تبع للأصابع، في حكم الأصابع^(٢)، فلم يجز أن يجعل أصلاً للساعد في حق الأرض؛ لأن الشيء الواحد لا يحور أن يكون أصلاً، وتبعاً في حكم واحد، لأنه يؤدي إلى التضاد، فكان أصلاً، ولم يرد الشرع بتقدير أرض فيه، فوجب حكم عدل، فتجب دية اليد^(٣)، وحكم العدل بين الكف إلى الساعد.

ولو قطعت من يد ثلاث أصابع كان فيها ثلاثة أحماس دية اليد، ولو قطعت كف بأصبعين كان فيه الخمسان، وفي كف بأصبع خمس، وكذلك لو قطع كف بمفصل في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد: إن بقي من الأصابع أقلها ينظر إلى أرض الكف بلا أصبع^(٤)، وإلى أرض ما بقي من الأصابع، فدخل^(٥) القليل في الكثير، وإن بقي من الأصابع أكثرها يجب أرض الأصابع لا غير. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن الجمع بين ضمان الكف وبين^(٦) ضمان الأصابع متعذر؛ لأن المتلف عضو واحد، ولهذا لو قطع الكف بالأصابع كلها يجمع^(٧) بين ضمان الكف وبين ضمان الأصابع، وكل واحد منهما أصل من وجه، تبع من وجه. أما الكف أصل من حيث القيام تبع من حيث الغرض، لأن الغرض وهو البطش يقوم بالأصابع والأصابع^(٨) تبع من حيث القيام أصل من حيث الغرض، فاستويا، فترجح إحداهما بكثرة أرضه فيدخل الأقل في الأكثر، كما لو شح رأس إنسان موضحة فتناثر شعره دخل أقل الأرضين في الأكثر، بخلاف ما إذا كان القائم أكثر الأصابع؛ لأن قيام الأكثر كقيام الكل.

ولو كان الكل قائماً تجب دية الأصابع لا غير، فإن النبي ﷺ: «أوجب في أحد اليدين نصف الذبحة»، واليد متى ذكر مقروناً بالقطع، فإنما يراد به من رؤوس الأصابع إلى الساعد، ونصف الذبحة دية الأصابع، علم أنه لم يوجب بإزاء الكف شيئاً. أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الأصبع أصل حقيقة وحكماً. أما حقيقة؛ فلأن قيام منفعة الكف بالأصبع، وهو البطش، وأما حكماً؛ فلأن أرض الأصبع مقدر، وأرض الكف لا، فكان الترجيح للأصل بهذا الطريق، بخلاف ما لو شح رأس إنسان موضحة، فتناثر شعره؛ لأن كل واحد منهما أصل، فإن أرض الشعر مقدر كأرض الموضحة، فترجح بالأكثر.

دية اليد إذا وجبت على إنسان تجب مؤجلة في سنتين: ثلثاه في سنة^(٩)، والثلث في سنة

- | | |
|-------------------------------|---|
| (١) أي «د»: إنسان: غير واردة. | (٦) في «د»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: الأرض. | (٧) في «د»: للجمع. |
| (٣) في «د»: ساقطة. | (٨) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: أصابع. | (٩) في «د»: سنتين، وفي «د»: سنة، وقد أثبت الأخير. |
| (٥) في «د»: فيدخل. | |

أخرى؛ لأن دية اليد نصف دية النفس، فيكون ثلثا ثلث دية النفس، وإذا وجب ثلثا في سنة يبقى في السنة الثانية ثلث دية اليد اعتباراً بدية النفس، وإن وجب بعض دية اليد، وكذلك الجواب يجب مؤجلاً في سنتين، الثلث في سنة والثلث^(١) في سنة اعتباراً للبعض بالكل. ألا ترى: أن جميع دية النفس لما كانت واجبة تجب مؤجلة في ثلاث سنين كل ثلث في سنة كان البعض منها وإن قل يجب مؤجلاً في ثلاث سنين كل ثلث في سنة. كذا هما.

الواجب بالجنانية فيما دون النفس: إذا كان مالاً إن كان خمسمائة إلى ثلث الدية يجب مؤجلاً إلى سنة، وإن كان أكثر من ثلث الدية، فالثلث في السنة والزيادة على الثلث في السنة الأخرى، وإذا كان أقل من خمسمائة يجب في ماله حالاً، وما وجب من الأرض دون النفس مغلفاً وجب بحصته^(٢) من أسنان الإبل، وكذلك الخطأ.

بيانه: لو شج إنساناً منقلة عمداً أو شبه عمد، يجب فيها خمس عشرة من الإبل: أرباعاً، عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: أربعة غير ربع من الجذعان، وأربعة غير ربع من الحقائق، وأربعة غير ربع من بنات اللبون، وأربعة غير ربع من بنات المخاض، وعند محمد رحمه الله تعالى: يجب أثلاثاً: أربعة ونصف من الجذعان، وأربعة ونصف من الحقائق، وست خلفات. محمد رحمه الله تعالى يقول: يجعل^(٣) خمسة [عشر]^(٤) على عشرة، فيجب ثلاثة أعشارها من الجذعان، وثلاثة أعشارها من الحقائق، وأربعة أعشارها من الخلفات، وثلاثة أعشارها خمسة عشر، أربعة ونصف، وأربعة أعشار خمسة عشر سنة.

وإن كانت الشجرة أو القطع خطأ تحب أخماساً ثلاثة^(٥) جذعة وثلاثة^(٦) حقة وثلاثة^(٧) ابنة لبون وثلاثة^(٨) ابنة مخاض [وثلاثة ابن مخاض]، وعلى هذا القياس مما راد عليه؛ لأن دية البعض^(٩) معتبر بدية الكل.

وإن يست الأذن ثم قطع بعد ذلك، تجب حكومة عدل، وكل جنانية دون النفس على حر [الم]^(١٠) تعقل العاقلة دون خمسمائة، وهي في مال الجاني لقوله عليه الصلاة والسلام: لَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ عَمْدًا وَلَا عَبْدًا وَلَا صُلْحًا وَلَا اغْتِرَافًا وَلَا مَا دُونَ الْمَوْضِحَةِ.

وأما حكومة عدل: إن كان مثل أرض الموضحة اختلفوا فيه. قال بعضهم: بتحملة العاقلة؛ لأنه وجب ما هو المقدر فيه شرعاً، وقال بعضهم: لا تتحملة العاقلة بالاتفاق، لأننا لا نتيقن بقدر أرض الموضحة؛ لأن حكومة العدل تعرف بالحزر والظن، فيدخل فيه الزيادة والنقصان، فلا يجب ما هو المقدر فيه شرعاً بيقين، ولو كان حكومة العدل مثل أرض الموضحة بيقين أو أكثر، قال أكثر المشايخ: وهو الصحيح: أنه تتحملة العاقلة.

- | | |
|--------------------------------|--|
| (١) في «د»: والثلثان. | (٦) في «د»: ثلث. |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٧) في «د»: ثلث. |
| (٣) في «د»: ساقطة. | (٨) في «د»: ثلث. |
| (٤) في «د»: ساقطة، وهي في «د». | (٩) في «د»: البعض، وفي «د»: النفس، وقد أثبتنا الأول. |
| (٥) في «د»: ثلث. | (١٠) في «د»: ساقطة، وهي في «د». |

ولو قتل ابنه عمداً كانت دينته في ماله في ثلاث سنين؛ لأنه تعدر إيجاب القصاص عليه، وتعدر إحصاء القتل عن الموجب، وتعدر إيجاب الذية على العاقلة لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا تُعْقَلُ الْمَاقِلَةُ عَمْدًا»^(١) وهذا القتل عمد محض، فتجب الذية في ماله. وكل جناية عمد دون النفس لا يستطاع القصاص فيه، ففي مال الجاني؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

ولو شج رجل^(٢) موضحة، فذهب شعر رأسه، ولم ينس غزم الذية، ويدخل فيه أرش الشجة؛ لأن هذه جناية وقعت على عضو واحد، وهو الرأس إذا الشعر متصل بالرأس وتبع له، والجناية متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شيتين ورأس أحدهما أكثر يدخل الأقل في الأكثر. ألا ترى: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «أَوْحَبَ فِي الْمَوْضُوحَةِ خُمْساً مِنَ الْإِبِلِ» وبالموضحة يتناثر الشعر مقدار الموضحة، ولم يوجب النبي عليه الصلاة والسلام لناتر الشعر شيئاً. هذا إذا كان خطأ، وإن كان عمداً فكذلك لا يجب القصاص في الشجة، ويحب دية كاملة في ماله.

ولو ذهب بعضه دخل القليل في الكثير لما روينا أَنَّ النَّبِيَّ عليه الصلاة والسلام «أَزَجَتْ فِي الْمَوْضُوحَةِ خُمْساً مِنَ الْإِبِلِ»^(٣) ولم يوجب للتناثر شيئاً عدم أن القليل داخل في الكثير^(٤). ولو قطع أصبع رجل عمداً، فشلت الأخرى في جنبها، أو قطعت اليمين فشلت اليسرى، وجب أرش الأصبعين واليدين في ماله، ولا يقتصر في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا: يقتصر ما قطع، ويغرم الأخرى في ماله، وعلى هذا الخلاف: إذا ضربه فشجه موضحة، فذهب عيابه وسمعه.

ولو شج موضحة، فصار منقلة أو كسر بعض سنه، فاسود ما بقي، أو قطع مفصلاً فشل ما بقي، ضمن الأرض في قولهم، ولا يقتصر. هما رحمهما الله تعالى بقولان: هذه جناية وقعت على محلين وأحدهما ليس يتبع للآخر، فوجوب المال في أحدهما لا يمنع وجوب القصاص في الأخرى، كمن رمى سهماً إلى رجل متمعداً فأصابه، ونفذ السهم إلى غيره، وقتله، يجب القصاص للأول، والذية للثاني، بخلاف ما لو شج موضحة فصارت منقلة وما شاكلها، لأن ثمة الجناية وقعت على محل واحد بعضها يوجب^(٥) المال وبعضها يوجب^(٦) القصاص [فلا يجب القصاص]^(٧) أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن الجناية وقعت على محلين معنى، وعلى محل واحد صورة، فإنه أوصل^(٨) الآلة بمحل واحد، فكانت الجناية متحدة صورة متعددة معنى، فلا اتحاداً صورة تتمكن الشبهة في [وجوب]^(٩) القصاص، والشبهة كافية لدرء القصاص، كما في تلك المسألة، بخلاف الرمي؛ لأن في

(١) سبق تخريجه.
(٢) في «د»: رجلاً.
(٣) سبق تخريجه.
(٤) في «د»: لما روينا أَنَّ النَّبِيَّ عليه الصلاة والسلام... داخل في الكثير: غير واردة.
(٥) في «د»: موجب.
(٦) في «د»: موجب.
(٧) في «د»: موجب.
(٨) في «د»: موجب.
(٩) في «د»: موجب.

تلك المسألة وقعت على محلين صورة ومعنى؛ لأنه أوصل آله، بمحلين، وظهر أثر فعله في محلين، فكانتا جابيتين صورة ومعنى.

رجل ضرب على وجه آخر^(١)، فتناثرت أسنانه كلها، فإن كانت أسنانه ستة وثلاثين يجب لكل سن خمسمائة، وهي ثمانية عشر ألفاً، وإن كانت ثلاثين يجب خمسة عشر ألفاً، وإن كانت ثمانية وعشرين يجب أربعة عشر ألفاً. هذا هو المشروع في الأسنان.

خمس من الأشياء تكون تبعاً لغيرها:

الكف مع الأصابع، والتدي مع الحلم، والهدب مع الأشعار، والذكر مع الحشفة، والأنف مع المارن.

العمد المحض إذا أوجب الدية أوجب في ماله في النفس وفيما دون النفس لما روي.

والخطأ المحض في النفس وفيما دون النفس يوجب على العاقلة.

وأما شبه العمد في النفس يوجب الدية على العاقلة، وفيما دون النفس يوجب على الحاني وإن بلغ الواجب^(٢) دية كاملة.

وصورة شبه العمد فيما دون النفس: بأن زنى بامرأة مكرهة فأفضاها إفضاء لا تستمسك معه البول، فعليه دية كاملة بالإفضاء؛ لأنه فوت جنس منفعة على الكمال، وهو منفعة استمسك البول، وتجب في ماله؛ لأنه شبه العمد، وشبه العمد على^(٣) حقيقته؛ لأنه قصد قتله، وخطأ حكماً، فإنه لا يجب به^(٤) القصاص، فعملنا بهما جميعاً، فاعتبرناه عمداً فيما دون النفس، وخطأ في النفس، فيكون^(٥) عملاً بهما جميعاً، وكذا إذا ضرب خشباً على عين إنسان حتى ذهب بصره، فإنه يجب كمال الدية في ماله؛ لأنه شبه العمد، وذكر في «الجامع الصغير»: أنه يجب على العاقلة جعله خطأ من كل وجه، وموجب الخطأ على العاقلة.

وكذلك رجل زنى بامرأة، فكسر فخذه، فعليه الأرش في ماله؛ لأنه شبه العمد، وشبه العمد إذا لم يصير نفساً كان موجه^(٦) في ماله لما ذكرنا أن شبه العمد عمد فيما دون النفس

ولو أوقف دابة في غير ملكه، فربطها، فجالت في رباطها [فأتلقت زرع إنسان]^(٧) ضمن، إن لم تسر؛ لأنه بالرباط^(٨) أمسكها في كل مكان ينتهي الرباط إليه، فهي أي موضع أتلقت^(٩) كان هو الممسك لها في ذلك الموضع ما دامت في موضع رباطها (تاجيدان كه رسن هست ود راري رسن هست)، فذلك بإيقافه، بخلاف ما إذا أوقفها في مكان ولم يربطها، فسارت عن ذلك المكان، وأتلقت شيئاً، حيث لا يجب الضمان عليه؛ لأنه لم يمسكها في ذلك المكان، فصارت

- | | |
|---------------------|--------------------------------|
| (١) في «د»: إنسان. | (٦) في «د»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: الواجب. | (٧) في «د»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٣) في «د»: عمد. | (٨) في «د»: بالربط. |
| (٤) في «د»: ساقطة. | (٩) في «د»: أتلقت. |
| (٥) في «د»: ليكون. | |

في ذلك المكان^(١) بمنزلة دابة متقلبة^(٢)، وكذلك لو أوقف سماً على الطريق لما قسا في الذاه ولو أوقع بعض الهوام على رجل فعقره ضمن؛ لأنه سبب، وهو متعدي في النسب ولو دخل رجل ملك رجل، فعقره كلبه أو دابته، هدر دمه، بإذنه دخل أو بغير إذنه، لأن له حق إمساك الكلب في ملكه عقوراً كان أو غير عقور، فلم يكن منعدياً في هدره، فلا يضمن.

رجل أذن برجل^(٣) أن يدخل داره راكباً، فدخل، فوطئت دابته على شيء؛ وإن يضمن، وإن كان قائداً أو سائقاً، فلا ضمان عليه؛ لأنه لو حصل هذا خارج الدار، فعليه الضمان، فإذا حصل في الدار، وقد دخل^(٤) بإذنه، والضمان على الأذن. رجل أحرق شوكاً في^(٥) أرضه، فذهبت الزبيح بالشرارات إلى أرض رجل وأحرقت ثوبه، إن كانت النار تبعد من أرض الجار على وجه لا يصل إليه شرر النار في العادة، فلا ضمان عليه؛ لأنه حصل بفعل النار، وإن^(٦) كانت تقرب من أرضه على وجه يصل إليه شرر النار غالباً، يضمن؛ لأنه لو أن يوقد النار في أرضه على وجه لا يتعدى ضرره إلى غيره.

[مسائل القسامة]^(٧)

وأما في القتل يوجد في المحلة، أو بين المحلّتين، أو في الدار، وفي القسامة، وكيفيتها إلى آخره:

[ولو]^(٨) وجد قتل في محلة قوم اختار الأولياء خمسين رجلاً منهم فيحلفون، ويغرم^(٩) أهل المحلة والعائلة الذية.

فالقسامة: وهي^(١٠) الأيمان على أهل المحلة والذية عليهم وعلى عاقلتهم.

إذا ادعى أولياء القتل القتل عمداً أو خطأ على أهل المحلة كلهم أو بعضهم، ونه عينوا القتيل، وقالوا: لا ندري من القاتل منكم، أو عينوا، بأن ادعوا على رجل من أهل المحلة، أو على اثنين، أو على ثلاثة، لِمَا رَوِيَ أَنَّ رَحْلًا جَاءَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: - رَسُولَ اللَّهِ، إِنِّي وَجَدْتُ أَجْبِي قَتِيلًا فِي بَيْتِ فُلَانٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: اجْمَعْ خَمْسِينَ رَجُلًا مِنْ خِيَارِهِمْ لِيُحْلِفُوا بِاللَّهِ تَعَالَى مَا قَتَلُوهُ، وَلَا عَلِمُوا لَهُ قَاتِلًا، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا لِي مِنْ أَجْبِي إِلَّا هَذَا، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: بَلَى، بِإِثْنَةِ بَيْنِ الْإِبِلِ، فَنُتِيَ أَنْ الْحَكْمَ^(١١) فِي الْقَتِيلِ يَوْجَدُ^(١٢) فِي الْمَحَلَّةِ وَجُوبُ الْقَسَامَةِ وَالذِّبَّةِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ، لِأَنَّ

(٧) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د»

(٨) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د»

(٩) في «د»: ويقدم.

(١٠) في «د»: وهو.

(١١) في «د»: ساقطة.

(١٢) في «د»: وجد.

(١) في «د»: ساقطة.

(٢) في «د»: متقلبة.

(٣) في «أ»: رجلاً، وفي «د»: لرجل، وقد أثبتنا الأخير.

(٤) في «د»: حصل.

(٥) في «د»: ساقطة.

(٦) في «د»: ولو.

تدبير المحلة إلى^(١) أهلها، فكان عليهم حفظها من^(٢) وجود القتل فيها، فإذا لم يحفظوا صاروا كالمقاتلين^(٣)، فصاروا ضامين، واختيار من يحلف إلى أولياء القتل؛ لأن القسامة شرعت لإظهار القاتل ليقتص^(٤) فيحصل به الإحياء؛ لأن [في]^(٥) الفصاح حياء، ولناس متفاوت. منهم من ينزجر عن اليمين الكاذبة، ومنهم من لا ينزجر، فكان الاختيار إلى الأولياء ليختاروا من ينزجر عن اليمين الكاذبة، ولهذا قلنا: إنه يختار صالح العشرة الدين وجد القتل بين أظهرهم؛ لأنهم ينزجرون عن اليمين الكاذبة، فيظهر القاتل، والفاصل لا يبالي، فكان تحليف الصلحاء أولى، فإن لم يكمل خمسين عدداً من^(٦) أهل المحلة كرز عليهم الأسمان، لأن المأخوذ في القسامة شيثان: مراعاة عدد اليمين، ومراعاة عدد الحالفين، وقد عجزنا عن أحدهما، وقدرنا على الآخر، فلزمنا مراعاة ما قدرنا عليه، وفيه فائدة، لأن فائدة القسامة: ظهور القاتل ليقتص، وربما يمتنع عن اليمين الكاذبة في المرة الثانية والثالثة إن^(٧) لم يمتنع في المرة الأولى؛ لأن قلب الإنسان قد لا يبدى بأقل التذكرة والموعظة، وقد يلين إذا كُزرت عليه التذكرة والموعظة^(٨)، فكان اختيار من يكرر عليه اليمين إلى الأولياء؛ لأن اختيار الأصل إليهم^(٩)، وإن كان في المحلة أكثر من خمسين، فللأولياء^(١٠) أن يختاروا صلحاءهم، فإن لم يوجد في المحلة من الصلحاء خمسين، فأراد الأولياء أن يكرزوا على الصلحاء حتى يتم خمسين يميناً، روي عن محمد رحمه الله تعالى في غير رواية الأصول: أنه ليس لهم ذلك؛ لكنهم يختاروا ممن بقي من أهل^(١١) المحلة حتى يتم خمسون يميناً، ولهم أن يختاروا الأعمى، والمحدود في القذف؛ لأن هذه^(١٢) يمين محصة، وهما من أهل اليمين، ولا يلزم النساء والذرية^(١٣) من الذية شيء، ولا من ليس له ديوان. أما النساء والذرية؛ لأن الذية تجب على العاقلة بسبب تناصرهم، والنساء والذرية ليسوا من أهل التصرة، فلم يكونوا عاقلة، وأما من ليس له ديوان، والقاتل من أهل الديوان، لأن القاتل إذا كان من أهل الديوان، فعاقلته أهل ديوانه دون عشيرته الذين لا ديوان لهم لما روي أن عمر رضي الله تعالى عنه لما دُون الدَّوَّائِينَ جَعَلَ^(١٤) الْعَقْلَ عَلَى أَهْلِ الزَّيَّاتِ وَالذَّوَّائِينَ فإن لم يكن له ديوان، فعاقلته من يتصر بهم، وهم أهل محله إن كان له محلة يتصر بعضهم لبعض، وإن كان لا يتصر، فعاقلته عشيرته من قبل أبيه ولا قسامة على الضبي والمرأة والعبد؛ لأن اليمين على العاقلة، ولو كان في المحلة

- | | |
|--|--------------------------------|
| (١) في «د»: على. | (٨) في «د»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: عن. | (٩) في «د»: لهم. |
| (٣) في «د»: كالمقاتلين، وفي «د»: كالمقاتلين وقد (١٠) في «د»: فللأولياء، وفي «د»: فالأولى وقد أثبتنا ما في «د». | (١١) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: فيقتص. | (١٢) في «د»: هذا. |
| (٥) في «د»: ساقطة، وفي «د»: | (١٣) في «د»: ولا الذَّوَّارِي. |
| (٦) في «د»: ساقطة. | (١٤) في «د»: حصل. |

أصحاب خطة ومشترون، فالذبة على أصحاب الحطة. هذا^(١) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنهم أصول في حفظ المحلة، وقال أبو يوسف [ومحمدا]^(٢) رحمه الله تعالى: هو عليهم لاستوائهم في ولاية الحفظ، فكذلك لو كان فيها سكان وملاك [والذبة على الملاك]^(٣) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى الكل سواء، وأهل الذمة كالمسلمين في القسامة بدليل أن النبي عليه الصلاة والسلام «أَوْجَبَ الْقَسَامَةَ عَلَى أَهْلِ خَيْبَرَ».

وقال أبو يوسف: في القتل وجد في السجن، فالذبة على أهل السجن؛ لأن الظاهر أنهم قتلوه، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: في بيت المال؛ لأن أهل السجن ما اجتمعوا للحفظ^(٤) ولأجل التناصر.

ولو وجد في السوق، فإن كانت السوق مملوكة فعلى الملاك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف: على السكان كما في المحلة، وإن لم تكن مملوكة كالسوارع العامة تكون على بيت المال؛ لأنه حق لجماعة المسلمين.

وكذلك لو وجد في المسجد الجامع أو الجسور العامة، ففي بيت المال.

وإن وجد في سفينة فعلى أرباب السفينة كالمحلة، فإن كان معهم ركب فعليهم جميعاً؛ لأن السفينة مما ينقل، فيعتبر فيها اليد دون الملك.

ولو وجد في نهر جارٍ صغير مما يقضي [به]^(٥) بالشفعة للشريك، فعلى عاقلة أرباب النهر؛ لأنه ملكهم.

ولو جرح رجل في قبيلة، فقل إلى أهله، فمات من تلك الجراحة، فإن كان صاحب فراش حتى مات، فالقسامة والذبة على القبيلة؛ لأن الموت حصل مضافاً إليه وإن لم يكن صاحب فراش^(٦) فلا ضمان منه^(٧) ولا قسامة لاحتمال أن الموت حصل بغيره، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا ضمان في الوجهين ولا قسامة؛ لأن الذي حصل في المحلة دون النفس.

ولو كانت الدار مقفلة، فوجد فيها قتيل، فالذبة والقسامة على عاقلة رب الدار؛ لأن ولاية الحفظ له، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: الذبة تحب في عطاء المقاتلة، فإن لم يكونوا من أهل عطاء، وكان لهم أرزاق، ففي أرزاقهم. والعطية: ما فرض للمقاتلة والرزق: ما جعل لفقراء المسلمين، ومن أبي منهم أن يحلف بحبس حتى يحلف، لأن القسامة حكم مفصول^(٨)؛ لأنه لخطر المحل.

(١) في «د»: ساقطة. (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٢) في «أ»: غير واردة، وهي في «د». (٦) في «د»: فالقسامة والذبة... صاحب فراش: ساقطة. (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٧) في «د»: ساقطة. (٤) في «د»: لحفظه. (٨) في «د»: مفصول.

وإن وجد القنبل في فلاة، وهي ملك لأحد، فالقسامة على عاقلته، وكذا الذية، وإن لم يكن ملكاً لأحد، وكان بحيث يسمع فيه الصوت من المصر، فعلى أقرب القبائل إلى ذلك الموضع من المصر، وإن لم يسمع، قدمه هدر؛ لأن الغوث لا يلحقه إذا لم يسمع لصوت، فلا ينسب التقصير إليهم.

ولو وجد في مثل دجلة يجري به الماء فلا قسامة ولا ذية؛ لأن اليد لا تست عليه، وإن وجد في موضع من دجلة محتبساً [على شط نهر^(١)] فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت لما مر.

ولو وجد في معسكر أقاموا بفلاة ولا ملك لأحد فيه، فإن وجد في فسطاط أو خيمة، فعلى من يسكنها الذية والقسامة، وإن كان خارجاً من الفسطاط فعلى من هو أقرب إليهم، وإن كان القوم لقوا قتالاً، وقاتلوا، ووجدوا قتيلاً بين أظهرهم، فلا ذية ولا قسامة عليهم؛ لأن الطاهر أن العدو قتله.

ولو كانوا بأرض مملوكة يجب على المالك عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وإذا وجد القنبل على دابة لها سائق أو راكب، فعليه القسامة والذية، وإن احتتموا فعليهم؛ لأن القنبل في يدهم.

ولو وجد القنبل في قرية لامرأة، فعند أبي حنيفة^(٢) ومحمد رحمهما الله تعالى: القسامة عليها، ونكروا الأيمان عليها لنفي تهمة القتل عنها، ويقضي عليها، وعلى عاقلتها، أقرب القبائل إليها في النسب بالذية، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القسامة على العاقلة أيضاً. ولو وجد قنبل في أرض رجل إلى جانب قرية ليس صاحب الأرض من أهل القرية، فهو على صاحب الأرض؛ لأن العبرة للملك والولاية.

ولو وجد قنبل^(٣) في دار رجل، فالقسامة على رب الدار، وعلى عاقلته، إن كانوا حضوراً، وإن كانوا غيباً، فالقسامة على رب الدار يكرز^(٤) عليه الأيمان، وقال أبو يوسف لا قسامة على العاقلة؛ لأنه لا ولاية لعيره على داره، لهما رحمهما الله تعالى: لما اجتمعا للحفظ والناصر ثبت لهم ولاية حفظ الدار بحفظ صاحبها، بخلاف ما إذا كان غيباً، لأن ولايتهم لا تظهر على هذا المكان.

ولو أن رجلاً معه جريح، حمله إلى أهله، فمكث يوماً أو يومين، لم يضمن الذي حمله قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى يضمن، وهذا بناء على ما إذا كان جريحاً في قبيلة^(٥)، ثم مات في أهله.

ولو وجد الرجل قتيلاً في دار نفسه، مديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله

(٤) في «د»: يكرن.

(٥) في «د»: محلة.

(١) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

(٢) في «د»: غير واردة، وهي في «د».

(٣) في «د»: ساقطة.

تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا شيء فيه؛ لأنّ الدار في يد نفسه، فكأنّه قتل نفسه؛ لأبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو لم تقصر العاقلة في حفظه لما قتل، فيصنون بالتقصير في الحفظ.

ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار نفسه، فدمه هدر؛ لأنّه لا عاقلة له، ولو كانا في بيت ليس معهما ثالث، ووجد أحدهما مذبوحاً. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ضمن الآخر الذية لمكان التهمة، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا أضمنه لاحتمال أنّه قتل نفسه.

ولو وجد قتيل في دار مكاتب، فعليه أن يسعى في الأقل من قيمته، ومن الذية، كما إذا قتل خطأ.

وكذلك المكاتب إذا وجد المولى قتيلاً في دار نفسه، ويكون ذلك حالاً عليه؛ لأنّه منع رقبته بعقد المكاتب.

ولو وجد المكاتب قتيلاً في دار المولى، فعلى المولى قيمته في ثلاث سنين، ولا تتحملة العاقلة؛ لأنّ الضمان يجب على السيد؛ لأنّه كاتبه فلا يظهر في حق العاقلة؛ لأنّ كونه مملوكاً [له]^(١) يقتضي أن لا يجب الضمان.

ولو وجد قتيل في دار [عند]^(٢) مأذون له في التجارة، فالاستحسان: أن تجب القسامة على المولى، ويخير بين الدفع والفداء؛ لأنّ العبد لو أقر بالجناية الخطأ لا يصح إقراره، فلا يحلف.

ولو وجد المأذون قتيلاً في دار مولاه، وعليه دين، فعلى المولى قيمته للمفرء حالة في ماله؛ لأنّ حق المفراء كان متعلقاً بماليته، وجعلنا كآته أهلكه، وكذلك لو كان على العبد جناية، وكذلك لو قتله مولاه عمداً أو خطأ؛ لأنّه أ تلف ماليته، وحقوقهم كانت متعلقة بها.

وإذا وجد الرجل قتيلاً في دار الأب أو في دار الأخ، فالذية على عاقلة، وإن كان هو وارثه؛ وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في العبد الزّمن يوجد قتيلاً في دار الزّاهن أو المرتهن، فالقيمة على رب الدار دون العاقلة؛ لأنّ العاقلة لا تتحمّل ضمان العبد عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى^(٣) وعن محمد رحمه الله تعالى: في دار بين اثنين لأحدهما الثلثان، وللآخر الثلث، فالذية على عاقلتهما نصفان؛ لأنّ العلة^(٤) أصل المثلث كما في حق الشفعة، هكذا ذكر هذه الجملة في القدوري^(٥).

ولو وجد بدن قتيل في محلة أو أكثر، فالقسامة عليها، وإن كان أهل، فلا قسامة؛ لأنّ العبرة للأكثر كما في صلاة الجنائز، وعن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنّ القاتل يدخل مع العاقلة في التحل؛ لأنّا جعلناهم مسبيين، وهو مباشر، فأولى أن يجب عليه.

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٤) في «د»: العاقلة.

(٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

(٥) في «د»: هكذا. . . القدوري غير وفود.

(٣) في «د»: عند أبي يوسف.

ولو باع داراً [لم يقبضها المشتري]^(١) فوجد فيها قتيلاً، فالذية على من الدار هي يده
عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى سواء كان^(٢) [في]^(٣) البيع خيار أو لم يكن؛ لأن الولاية له،
وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى: الذية على مالك الدار إن لم يكن في البيع خيار،
وإن كان [في البيع خياراً]^(٤) فعلى من تصير الدار له؛ لأن ولاية الحفظ ثبتت بالملك،
فيعتبر نفسه.

ولو ادعى الولي^(٥) على رجل من أهل المحلة بعينه، فالقسامة والذية بحالها، لأنهم
يضمنون لأجل التقصير في الحفظ، وهذا لا يتغير^(٦) بالدعوى.

ولو ادعى الولي^(٧) على رجل من غير أهل المحلة، فقد أبرأ أهل المحلة من القسامة
والذية، لأنه نفى القتل عنهم.

و[القتيل إذا وجد في محلة ووليه ادعى على غيره]^(٨) شهد اثنان من أهل المحلة بما
ادعى، لم يقبل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يقبل؛ لأن
الأصل أن يجب الضمان على القاتل وإنما يجب على غيره عند طلب الولي، فما لم يطلب
لا يصير أهل المحلة خصماً، فتقبل شهادتهم، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن^(٩) وجود
القتيل بين أظهرهم سبب لوجوب الذية، والقسامة عليهم، فصاروا حصماً، فلا تقبل
شهادتهم، فلو ادعى على واحد من أهل المحلة بعينه، وشهد شاهدان من أهل المحلة
عليه، لم تقبل الشهادة. أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: فلما مر، وأما عندهما رحمهما
الله تعالى، فلأن الخصومة على أهل المحلة قائمة.

ولو وجد القتيل بين قريتين ينظر^(١٠) إلى أيهما أقرب وإنما تجب القسامة والذية على
أقرب القريتين إذا كان بحال يسمع الصوت منه^(١١). أما إذا كان بحال لا يسمع الصوت لا
يجب على واحد من القريتين، ويراعى حال المكان الذي وجد فيه القتيل إن كان مملوكاً
تجب القسامة على الملاك، والذية على عاقلتهم، وإن كان مباحاً، لكنه في أيدي المسلمين
تجب الذية في بيت المال لما ذكرنا. أنه إذا كان بحال يسمع الصوت منه يجب عليه الفوت
يحلف في القسامة خمسين رجلاً بالله تعالى ما قتلناه، ولا علمنا له قاتلاً، والقتيل: من به
أثر القتل بأن خرج الدم من أذنه أو عينه، أما لو خرج الدم من دبره، أو ذكره، أو أنفه لم
يكن قتيلاً، لأن الدم قد يخرج من هذه المواضع عادة، فلا تجب الذية، والقسامة، لأن
القسامة والذية إنما تجب في القتل.

(٧) في «أ»: المولى، وفي «د»: الولي وقد
أثبتنا الأخير.

(٨) في «أ»: ساقطة، وفي «ب»:
(٩) في «د»: ساقطة.

(١٠) في «د»: فصار.

(١١) في «د»: منها.

(١) في «أ»: ساقطة، وفي «د»:
(٢) في «أ»: فإن، وفي «د»: كان وقد أثبتنا ما في «د».

(٣) في «أ»: ساقطة.

(٤) في «أ»: ساقطة، وفي «د»:
(٥) في «أ»: المولى، وقد أثبتنا ما في «د».

(٦) في «د»: يتغير.

ولو كانت قرية لأيتام لم يكن على الأيتام قسامة، وهي على عاقلتهم^(١)؛ لأنهم ليسوا من أهل اليمن، ولو كان فيهم مدرك، فعليه؛ لأن المدرك من أهل اليمن.

ولو وجد قتيل في محلة، فزعم أهل المحلة أن رجلاً منهم قتله، ولم يدع ولي الفتي ذلك، تحب القسامة، والذية على أهل المحلة.

وكيف يحلفون؟ قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يحلفون بالله تعالى ما قتلناه لا غير، وقال محمد رحمه الله تعالى: يحلفون بالله تعالى ما قتلناه ولا علمنا له قاتلاً غير فلان، والفتوى على قول محمد، وهو الأحوط.

وأما ما يجب الكفارة على العاقل أو غيره وما لا يجب:

صبي مات في الماء، أو سقط من السطح: إن كان ابن سبع سنين، فلا شيء على أحد؛ لأنه قادر على حفظ نفسه عن الهلاك^(٢)، وإن كان صغيراً لا يعقل شيئاً، فعلى الوالدين الكفارة إن كان في حجرهما، وإن كان في حجر أحدهما، فعليه الكفارة. هكذا ذكر في «التوازل»؛ لأن الحفظ عليهما، فإذا تركا الحفظ حتى هلك صار كأنهما أهلكاه، فتجب الكفارة. وهذا قول نصر بن يحيى^(٣). وقال أبو القاسم الصفار رحمه الله تعالى: عليهما الاستغفار، ولا كفارة عليهما؛ لأن الكفارة إنما تجب إذا اتصل به فعله بأن سقط من يده أو نحو ذلك. ألا ترى أن من حفر بئراً على الطريق، فوقع فيها إنسان، ومات، أو كان سائقاً، أو قائداً^(٤) للذابة، فأصاب إنساناً، فلا كفارة عليه، فأولى أن لا^(٥) يجب هنا. والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

الفصل الثاني

فيما يجوز الضلع، والعفو عن القصاص في النفس،

وفيما دون النفس، إلى آخره

قوم اجتمعوا على قتل كلب عقور فرموه بسهام، فأخطأ سهم، وأصاب جارية إنسان صغيرة، وماتت، فشهد الشهود أن هذا سهم فلان، ولم يشهدوا أن فلاناً رماه، فصالح المولى صاحب السهم على كذا، ثم طلب المصالح ردة هذا الضلع، إن علم أن الجارح هو المصالح، وأن الصبية ماتت من تلك الحراقة، فالضلع: جائز، ولا يمكنه رده، وإن كان لا يعلم ذلك غير معرفة السهم، فالضلع باطل؛ لأن بمعرفة السهم لا يتيقن أن الجارح هو، فإن علم أن صاحب السهم رماه، لكن استقبلت المجروحة أباه، فلطمها لطمه، فسقطت، وماتت، ولا يدري من أيهما ماتت، فتجعل كأنها ماتت منهما، فكان الأب قاتلاً، فيحرم

(١) في «د» ولا على عاقلتهم.

(٢) في «د» المهالك.

(٣) سبقت ترجمته

(٤) في «د». سائقاً، وفي «ه»: ساقط، وقد اتينا به

في «د».

(٥) في «د»: لا: ساقطة.

من^(١) الميراث، وإن وقع الصلح بغير إذنهم، فالصلح باطل؛ لأن الصلح لو جاز جاز في نصيبه، لا في نصيب غيره، ولا نصيب له.

رجل قتل رجلاً عمداً، وله وليان، فصالح أحدهما القاتل عن جميع الذية على خمسين ألفاً، فالصلح جائز في نصيبه على خمسة وعشرين ألفاً، وصار حق الآخر في نصف الذية، وهو خمسة آلاف، وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: أن الصلح على أكثر من الذية باطل.

إذا صالح الشاخ موصحة الخطأ على خمسمائة درهم، ثم مات عنها يحط عن العقلة ثلث الذية؛ لأنه مريض تبرع بجميع الذية، فيصح في الثلث، ويرجع الشاخ بما دفع؛ لأن الصلح لم يتم على شرط ولأب أن يستوفي القصاص^(٢) فيما دون النفس؛ لأنه يجري مجرى الأموال ولو صالح فيه، اختلفت الرواية فيه، ذكر في بعض المواضع: له ذلك، وليس للقاضي أن يستوفي القصاص، فليس له أن يصالح. وقد ذكرناه [قبل هذا]^(٣) ولو صالح من الذية على جنس من أجاس الذية أكثر منه لم يجز ذلك، وعلى أقل منه يجوز، وكان في ثلاث سنين، إذا لم يقض الفاضي نوع أو لم يوجد الرضى على نوع. أما في الوجه الأول؛ فلأنه تعذر تجويزها؛ لأن جهة الجواز هنا غير متعينة؛ لأنه أمكن تجويزه بدلاً عن الذنانير، وأمكن تجويزه بدلاً عن الإبل، وليس إحدى جهتي الجواز بالتعيين^(٤) أولى من الأخرى، فتعذر تجويزه. وأما في الوجه الثاني؛ فلأنه أخذ البعض، وأبرأ^(٥) عن البعض، فيجوز، ويكون ذلك في ثلاث سنين؛ لأن الذية هكذا وجبت مؤجلة في ثلاث سنين، فما بقي حزم منها يجب كذلك.

ولو صالحه على أقل نسيئة من جنس آخر جاز إن لم يقض بالجنس الأول، وإن قضى لم يحزم. يريد بالوجه الأول: أنه إذا صالحه على أقل من ألف درهم نسيئة لم يقض بالذنانير أو على العكس، وبالوجه الثاني: إذا قضى بالذنانير أو على العكس؛ لأن في الوجه الأول: أبرأه عن البعض، واستوفى البعض، فيجوز كيف ما كان، وفي الوجه الثاني^(٦): الذنانير تعين واجباً بالقضاء أو بالرضى، فإذا صالح على أقل من ألف درهم نسيئة كان هذا افتراقاً عن الدين بالدين، فلا يجوز، وكذا لو كان على^(٧) العكس.

ولو صالحه على جنس من^(٨) أجناس الذية أكثر من الذية جاز يداً بيد؛ لأنه لا يؤدي إلى الربا، ولم يحصل الافتراق عن دين بدين، ولا يجوز دين بدين؛ لأنه منهي.

وأما العفو:

لو عفا عن الجناية كان عفواً عن القتل، وإن لم يقل، وما يحدث منها^(٩)؛ لأن الحناية اسم عام يتناول القطع والقتل؛ وكذا لو عفا عن الشجة وما يحدث منها؛ لأن الحدوث لا يكون إلا عن

- | | |
|--------------------------------|--------------------------------|
| (١) في «د»: عن. | (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٧) في «د»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «د»: غير. |
| (٤) في «د»: ساقطة. | (٩) في «د»: مه. |
| (٥) في «د»: ساقطة. | |

معل القتل، فكان هذا عفواً عن الشّخّة والقتل جميعاً، وإن لم يقل وما يحدث منها^(١) قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يضمن الذّية، وقالوا رحمهما الله تعالى: لا يضمن، والمسألة معروفة، ولو قال المجروح لم يجرحني فلان لم تقبل بيّنة وارثه عليه؛ لأنّ الوارث يدعي الحق للميت أولاً، ثم ينتقل إليه بالإرث، والمورث لو كان حيّاً لا تقبل دعواه؛ لأنّه منافق، فكذا لا يصح دعوى من يدعي له، ولو عفا الولي قبل موت مجروحه لا يقتل القاتل استحساناً؛ لأنّه عفا بعد وجود^(٢) سبب ثبوت الحق، فيصح كما لو عفا المجروح، والعفو عن الدّم جائز في جميع المال؛ لأنّه ليس بمال، وعن الخطأ من الثلث؛ لأنّه تبرّع بالمال، وهو الذّية.

ولو عفا أحد الورثة تحوّل نصيب البقية مالا، لأنّ الواجب قصاص واحد، فإذا عفا أحد الورثة تعدّ على الباقي^(٣) استيفاء البعض لا بمعنى جاء^(٤) من جهتهم، فتحوّل نصيبهم مالا.

ولو كان القاتل اثنين، فعفا الولي عن أحدهما، قتل الآخر به؛ لأنّه وجب عليهما قصاصاً فالسقوط عن أحدهما لا يوجب السقوط عن الآخر.

ولو ادعى القاتل العفو من أحدهما حلفه؛ لأنّه ادعى عليه شيئاً لو أقر به لزمه، وهو مما يجري فيه البذل، فإذا أنكر يستحلف كما في الطلاق.

ولو عفا رجل عن دم لولده الصّغير لم يجز، وكذلك الوصي؛ لأنّ العفو لغير^(٥) بذ تبرّع، وهما لا يملكان ذلك وكذلك لو صالح على مال أقل من الذّية لم يجز، وضمن الذّية، وهذا بناء على جواز صلحهما عن قصاص وجب للصّغير في النفس على مال، فصلح الأب جائز؛ وفي جواز صلح الوصي روايتان، ثم صلح الأب على الزّوايات كلها، وصلح الوصي على الزّواية إذا وقع^(٦) على أقل من الذّية لا يجوز الحط وإن كان يسيراً؛ لأنّ بدل القصاص مقدّر شرعاً، فإذا أنقص شيئاً لم يجز كالوكيل بالبيع بألف إذا باع وحط شيئاً يسيراً، وكذا الصّلح والعفو فيما دون النفس.

والوصي يملك استيفاء القصاص الواجب للصّغير فيما دون النفس، ولا يملك في النفس، وإن ادعى القاتل العفو والصّلح، وادعى بيّنة غائبة يؤجّله القاضي إلا أن يقع في غالب رأيه أنّه متعنت^(٧) فيما يدعي استحساناً؛ لأنّ القصاص وإن كان حقّ العباد لكن لو وقع الغلط في الاستيفاء لا يمكن تداركه برّد المستوفي، فيتأبى إلى أن يقع عند القاضي أنّه متعنت^(٨) في هذه الدّعى.

وأما فيما يجبس القاتل وفيما لا يجبس:

ولو شهد شاهد عدل في^(٩) قتل حبسه في العمد والخطأ أياماً، فإن جاء شاهد آخر ولا

(١) في «د»: ساقطة.

(٢) في «د»: وجوب.

(٣) في «د»: الكافي.

(٤) في «د»: خاص.

(٥) في «د»: لغير. وفي «أ»: عين، وقد أثبتنا الأولى.

(٦) في «د»: ساقطة.

(٧) في «د»: متعنت.

(٨) في «د»: متعنت.

(٩) في «د»: عني.

خلّى سبيله؛ لأنّ شهادة الواحد العدل بمعنى شهادة المستورين؛ لأنّ يؤخر الفصاء بشهادة واحد إلى أن يضم إليها قول عدل آخر كما في شهادة المستورين، ثم تهمة القتل تثبت بشهادة المستورين حتى يحبس المشهود عليه؛ فكذا بشهادة الواحد العدل، قيل: هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. أمّا عندهما: لا يحبس في الشاهد العدل، لكن يؤخذ منه كفيلاً، وفي الشاهد المستورين يحبس في قولهم رحمهم الله تعالى، ولا فرق بين قتل العمد والخطأ في الحبس بشهادة الواحد العدل، هو الصحيح، وإن فُرّق بينهما بعض المشايخ.

ولو ادعى بيّنة حاضرة في قتل خطأ أخذ منه كفيلاً إلى ثلاثة أيام ولا يؤخذ^(١) في العمد بنفس الدعوى.

وأما فيما يضمن ما أتلف^(٢) بصنعه من وضع الحجر في الطريق، وحفر البئر في الطريق:

بلدة ذات تلج وربما يكثر الطين في الطريق، فألقى كلّ واحد في فناء^(٣) داره أو بقرب داره حجراً، فتعقل به إنسان، فهلك. إن كان بإذن الإمام فلا شيء عليه، وإن بغير إذن الإمام فعليه الضمان؛ لأنّه شغل طريق العامة، وذلك لا يجوز بغير إذن الإمام؛ لأنّه نائب فيه عن العامة.

سكة فيها دور، فرمى أصحاب الدّور التلج فلزق به الناس، فمات بعضهم [فرقوا] بين السكة النافذة، وغير النافذة، لكن الصحيح: أنّه لا يضمن، فإن للناس فيه بلوى عامة، وبه جرت العادة بين الناس من غير نكير، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

إذا حفر في طريق المسلمين بئراً، أو فناء^(٤)، أو أخرج جناحاً، أو نصب ميزاناً، أو وضع خشباً أو متاعاً، أو بنى دكاناً، أو صبّ ماء، أو قعد في الطريق ليستريح أو مريض، فمعد، فتعثر، أو قعد به إنسان، أو دابة، فهو ضامن لجميعه؛ لأنّه متعد في هذا السبب والمعاشي محق في مشيه، فأضيف التلّف إلى التسبب، وإن كان من جناية في بني آدم، وبلغ نصف عشر الدّية، وهو أرش الموضحة، فهو على العاقلة؛ لأنّ الشّرع ألحقه بصمان النفس حيث قدره، وضمان النفس على العاقلة سواء، وجبت بالتسبب أو بالمباشرة، فكذا هذا. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: إذا مشى في الطريق وهو لابس سيفاً أو طيلساناً، فسقط، فتعثر به إنسان، فلا ضمان عليه؛ لأنّ الاحتراز عن اللباس لا يمكن؛ لأنّ حمله ليس بمقصود، بل هو تبع، فلا يتفيد بشرط السلامة، ولو كان حاملاً فسقط منه، يضمن؛ لأنّ الاحتراز عنه ممكن، وعن محمد رحمه الله تعالى: إذا لبس ما لا يلبسه الناس، فهو والحمل سواء.

ولو وضع إنسان سيفاً في الطريق فتعثر به رجل^(٥) فمات، وانكسر السيف، يضمن

(١) في «د» - ولا يأخذ.
(٢) في «د» - تلف.
(٣) في «د» - بفناء.
(٤) في «د»: أر في فناءه، وفي «د»: أر فناء ولملها الضواب وقد أثبتناها
(٥) في «د»: إنسان.

صاحب السيف ديته [ويضمن العائر عليه قيمة سيفه، ولو أنه عثر ثم وقع على السيف فانكسر ومات الرّجل ضمن صاحب السيف ديته^(١)، ولم يضمن بالكسر شيئاً؛ لأن صاحب السيف هو الذي أوقع [العائر]^(٢) على نفسه، وكان صاحب السيف فعل ذلك بنفسه حقيقة.

رجل مرّ على نائم، فعثر عليه برجله، فدفق ساقه، ثم سقط عليه فأعور عينه فمات^(٣) الواقع، فعلى الواقع أرش رجل النائم؛ لأنه تلف بصنعه، وعلى النائم دية الواقع، كما لو وضع الحجر على^(٤) الطريق.

ولو ماتنا جميعاً، فعلى النائم دية الواقع [عليه]^(٥) وعلى الواقع نصف دية النائم؛ لأنه مات بفعل نفسه، وبفعل النائم، فما كان من فعله هدر، وما كان من فعل الواقع معتبر.

ولو رش الماء في الطريق، فعطّب به الحمار أو الأدمي يضمن، والجواب في الحمار مجرى على الإطلاق، وأما في الأدمي: إنما يضمن إذا رش كل الطريق بحيث لا يجد طريقاً يمرّ فيه. أما إذا وجد طريقاً يمرّ فيه لا يضمن. أما إذا أمر السقاء أو غيره بالرش، من يضمن؟ إن أمره بالرش على فناء دكان الأمر. يضمن الأمر ولا يضمن الرّاش.

رجل شدّ دابته في الطريق، ثم باعها، ثم قال للمشتري: خلّيتك وإياها، فاقبضها، صحت التخلية، وهذا قبض، فإن حلت الدابة من وثاقها ذلك الضمان على الموقف^(٦) وهو السّامع؛ لأنه وقف باتفاقه.

ولو وضع كناسة في الطريق، فتلف به إنسان ضمن؛ لأنه متعدّد فيه، وإن كان طريقاً غير نافذ وهو من أهله، لم يضمن؛ لأن الانتفاع بهذا الطريق مطلق لهم؛ لأن الطريق حقهم، وكذلك أهل مسجد بنوا فيه بناء، أو حفروا بئراً، أو وضموها خشباً، فعطّب به إنسان، فلا ضمان عليهم؛ لأن ولاية التصرف لهم، لو بنى واحد من غيرهم^(٧)، أو حفر فالضمان واجب [بالاتفاق]^(٨)؛ لأن ولاية التصرف لغيره، فيتقيد تصرفه بشرط السلامة.

ولو علّق قنديلاً، أو بسط حصيراً، أو ألقي فيه الحصير فعطّب به إنسان، فهو ضامن. عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. قيل: هذا إذا لم يكن من أهل المسجد، وإن كان من أهل المسجد^(٩) لا يضمن بالاتفاق، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يضمن؛ لأن له مصلحة بوضعه، فلا يكون متعدّياً فيه، وكذلك إذا جلس في المسجد لغير قرية لحديث أو نوم أو ما أشبه ذلك، فعطّب به إنسان فهو ضامن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه لا يحتاج إليه لغير الصلاة فيتقيد بشرط السلامة، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا ضمان عليه، لأن الجلوس مطلق له، وإن جلس للصلاة فكذلك عند

(١) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «أ»: الوقت وما في «د» هو الميث أيضاً.
(٢) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٧) في «د»: من الناس.
(٣) في «د»: ثم مات. (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٩) في «د»: وإن كان من أهل المسجد: ساقطة.
(٤) في «د»: على.
(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».

أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا رحمهما الله تعالى: لا يضمن، وإن كان في الصلاة لا يضمن بالإجماع. هما يقولان. الجلوس للصلاة من ضرورات الصلاة، فالحق بها، ولا يبي حنيفة رحمه الله تعالى: بلى، لكن الجلوس لأجل الصلاة مباح مفيد بشرط السلامة، والجلوس في الصلاة مباح مطلق ليقع الفصل بين الأصل والملحق به.

وأما في حفر البئر:

ولو حفر بئراً في سوق العامة لمصلحة المسلمين أو اتخذ قنطرة فتلّف به إنسان، فإن كان بغير إذن السلطان^(١) يضمن؛ لأنّ ولاية التصرف للإمام خاصة.

مملوك حفر بئراً، فوقع فيها إنسان، فمات، ففداه المولى بالذية ثم وقع فيها [إنسان]^(٢) آخر، فمات، فإنه يدفع المملوك كله أو يفديه، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يدفع بالنصف.

مملوك حفر بئراً، ثم أعتقه المولى، ثم وقع فيها مملوك، فمات، فعلى المولى قيمته؛ لأنّه بالعتق السابق صار متلفاً حقهم، فيضمن القيمة.

رجل حفر بئراً على قارعة الطريق، فجاء إنسان يقود أعمى، فوقع فيها الرجل، ثم وقع عليه الأعمى، فماتا جميعاً، فالضمان على حافر البئر؛ لأنّه هو المتعدي.

إذا حفر بئراً في طريق المسلمين، فمات فيها إنسان أو أصابته جناية فيما دون النفس بالسقوط^(٣)، فهو ضامن للجناية حياً كان الحافر أو ميتاً؛ لأنّه متعدي في التسبب، ولو مات الواقع في البئر غماً أو جوعاً، لم يضمن، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنّه لم يمت بالسقوط فيها، فلا ضمان على الحافرة، وعند محمد رحمه الله تعالى. يضمن في الجميع؛ لأنّه احتبس هناك بالسقوط، فصار الحفر تسبباً، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن مات غماً يضمن^(٤)؛ لأنّ الغم ينشأ عن السقوط، وإن مات جوعاً لم يضمن؛ لأنّ الجوع معنى يحدث في الشخص، ويجب لكلّ جناية كانت منه بالحفر أرشها لا يسقط شيء منها، ولا يشارك المجني عليهم بعضهم^(٥) بعضاً؛ لأنّه لما زالت المسألة جعلنا في التقدير كأنّه أوقع الكلّ فيها، ولو كان الحافر مدبراً، أو أم ولد، فالواجب^(٦) على المولى^(٧) قيمة واحدة، ونعتبر القيمة يوم الحفر ولا نعتبر زيادة القيمة ونقصانها؛ لأنّ ذلك الحفر صار جناية، فيجعل كأنّ الحفر وجد قتيلاً، وإن كان الحافر عبداً، فالجنايات كلها في رقبة العبد، ويخاطب المولى بالدفع أو بالفداء بجميع الأرواح.

ولو حفر بئراً في الطريق^(٨) فجاء آخر، وحفر في أسفلها، ثم وقع فيها إنسان،

(١) في «د»: الإمام. (٢) في «د»: ساقطة. (٣) في «د»: ساقطة. (٤) في «د»: ساقطة. (٥) في «د»: ساقطة. (٦) في «د»: ساقطة. (٧) في «د»: ساقطة. (٨) في «د»: ساقطة.

فالضمان على الأول؛ لأنه هو الذي أزال استواء ما تحت قدم الماشي حتى سقط.

ولو وسع الثاني رأسها، فإن كان وضع قدمه في حفرة ما، فالضمان عليهما، وإن كان وضع في حفرة الثاني دون الأول، فالضمان على الثاني لما مر.

ولو حفر بشراً ثم كبسها بحجارة أو حصي، فجاء رجل وأخرجها، ثم سقط فيها إنسان ومات، فالضمان على الثاني؛ لأن الأول محا أثر حفرة بالطم، ولو كبسها بحنطة أو شعير. ثم أخرجها إنسان، فالضمان على الأول^(١)؛ لأن أثر الحفر لا يعدم به ولو تعثر بحجر، فوقع في البئر، فإن وضعه إنسان هناك، فالضمان على واضع الحجر، ويحمل كآته دعه حتى وقع في البئر، وإن كان الحجر حميل السيل، فالضمان على الحافر؛ لأنه لا حكم للحجر، فسقط اعتباره.

ولو سد الحافر رأس البئر، فجاء آخر ونقصه، فالضمان على الحافر، لأن الحفر ما انعدم بتغطية رأس البئر.

ولو حفر بشراً^(٢) في ملك غيره، فوقع فيها إنسان، فقال صاحب الذار: أنا أمرته وأنكر أولياء الميت يصدق استحساناً؛ لأنه أقر [بما]^(٣) يملك إنشاءه، فيصح.

ولو حفر بشراً في طريق مكة في غير ممر الناس فلا ضمان عليه^(٤)؛ لأنه مكان مباح يجوز التصرف فيه.

ولو قال الحافر: هو ألقى نفسه في البئر عمداً، وقالت الورثة: وقع فيها، فالقول [قول]^(٥) الحافر [ولا ضمان عليه]^(٦) عند أبي يوسف رحمه الله تعالى الآخر، وهو قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنه ينكر الضمان.

ولو استأجر إنساناً للحفر^(٧) في الطريق، فإن كان في قناء المستأجر، فالضمان عليه؛ لأن له اختصاصاً به تصرفاً وانتفاعاً، فيضاف فعل الأجير^(٨) إليه، وإن لم يكن في فناءه، وعلم الأجير بذلك، فالضمان على الأجير؛ لأن الأمر والمأمور فيه سواء، فلا يعتبر الأمر، وإن لم يعلم، فالضمان على الأمر، لأنه عز^(٩) الأجير.

ولو استأجر أربعة نفر يحفرون له بشراً، ف وقعت عليهم من حفرة ما، فمات أحدهم، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية وهدر الزايع^(١٠)، لأنه حصل بختائهم جميعاً.

ولو وقع في بئر، فتعلق بآخر، وتعلق الثاني بثالث، فوقعوا، وماتوا؛ فإن عرف حال موتهم، بأن أخرجوا أحياء، وأخبروا عن حالهم، نظر فيه، إن مات الأول بالوقوع،

(١) في «د»: لأن الأول... فالضمان على الأول. ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د»
(٢) في «د»: ساقطة. (٧) في «د»: ليحمر
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٨) في «د»: الأخير.
(٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (٩) في «د»: عز.
(٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». (١٠) في «د»: وهدر الزايع. ساقطة

بالصناد على الحافر؛ لأنه تلف بجنابته، وإن مات بوقوع الثاني هدر دمه؛ لأنه هو الذي حرّز إلى نفسه حتى وقع^(١) عليه، وإن مات بوقوع الثاني والثالث، فنصفه هدر، ونصفه على الثاني، [لأن الثاني]^(٢) أوقع الثالث عليه، وإن مات بسقوطه ووقوع الثاني عليه، والنصف على الحافر [والنصف هدر، وإن مات بسقوطه ووقوع الثاني فنصف الذية على الثاني]^(٣)، وإن مات من الكل فثلث الذية هدر والثالث على الحافر والثالث على الثاني^(٤)، وأما موت الثاني، فإن كان بوقوعه في البئر، فديته على الأول؛ لأن الأول حرّز إليها حتى سقط، وإن مات بوقوع الثالث عليه، فدمه هدر؛ لأنه جر الثالث، وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه، فنصف دمه هدر والنصف على الأول؛ لأنه مات بفعله وفعل الأول؛ وأما موت^(٥) الثالث، فله وجه واحد، وهو وقوعه في البئر، فديته على الثاني، لأنه جرّه.

وإن لم يعرف حال موتهم، ففي الاستحسان: أن ذية الأول على الحافر: الثلث، وعلى الأوسط: الثلث، وهدر الثلث، وذية الثاني: نصفه على الأول، ونصفه هدر؛ لأن الظاهر أنه حصل بسقوطه ووقوع الثالث عليه، وذية الثاني على الثالث لما مر.

ولو أمر عبده أن يحفر بئراً على طريق المسلمين، فإن كان في فناءه، فالذية على عاقلة المولى؛ لأن الحفر مضاف إلى المولى لاختصاصه بالفناء، وإن كان في غير فناءه، فالضمان على^(٦) ربة العبد علم العبد بذلك أو لم يعلم، لأن الغرور لا يجري بينهما فاستوى العلم والجهل.

ولو استأجر أجيراً حرّاً^(٧) وعبداً محجوراً عليه، ومكاتباً يحفرون بئراً، فانهدمت عليهم، فلا ضمان على المستأجر في الحرّ والمكاتب، لأن استئجارهما ليس بجناية، ويضمن قيمة العبد لمولاه؛ لأن استعماله جناية، وغصب، فإذا أخذ المولى^(٨) القيمة دفعها إلى ورثة الحرّ والمكاتب، فيضرب^(٩) ورثة الحرّ في قيمته بثلث الذية، وورثة المكاتب بثلث قيمته؛ لأن كلّ واحد تلف بجنابته وجناية صاحبه، فيجب على العبد ثلث ذية الحرّ، وثلث قيمة المكاتب، ثم يرجع المولى على المستأجر بقيمة أخرى، فتسلم له؛ لأن ما قبضه فات بجناية العبد في ضمان الغاصب، فانتفض القبض وللمستأجر أن يرجع على عاقلة الحرّ بثلث قيمة العبد؛ لأنه ملك العبد بأداء الضمان، وقد حصلت الجناية من الحرّ على ثلثه، ويرجع أولياء المكاتب بثلث قيمة المكاتب على الحرّ لما قلنا^(١٠)، ثم يؤخذ من تركة المكاتب مقدار قيمته، فتكون بين ورثة الحرّ والمستأجر، يضرب ورثة الحرّ بثلث دينه؛ لأن المكاتب جنى على ثلث الحرّ والمستأجر بثلث قيمة العبد؛ لأن المكاتب جنى على ثلث العبد، والمستأجر قد ملكه.

(٦) في «د»: ساقطة.

(٧) في «د»: ساقطة.

(٨) في «د»: ساقطة.

(٩) في «د»: ساقطة.

(١٠) في «د»: مر.

(١) في «د»: سقط.

(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

(٣) في «د»: ساقطة، وهي في «د».

(٤) في «د»: وإن مات من الكل...

(٥) في «د»: ساقطة.

وأما ما تلف بسقوط^(١) الجدار وحدث البناء

حائط مائل في الطريق، فأشهد على مالكه، فانهدم الحائط، فنفرت منه دابة، فقتلت رجلاً، فلا ضمان عليه؛ لأنه هلك بصنع الدابة إلا أن يسقط الحائط على إنسان أو دابة، فيقتله، وهذا بمنزلة رجل وضع مسيل ماء على طريق العامة فنفرت دابة ووقعت على إنسان فقتلته لا ضمان على الواضع كذا هنا.

مسجد مال حائطه، فالإشهاد على الذي بناه، فإن وقع، وتلف به إنسان، فدينه على عائلة الذي بناه، وكذلك حائط الوقف على المساكين، فذلك يكون على عائلة الذي وقف

رجل بنى حائطاً مائلاً إلى ملك غيره، أو إلى الطريق، فهو ضامن لما عطب بسقوطه سواء طوّل بالتقصّص أم لا؛ لأنه متعدّي شغل هواء الغير، ولو بنى في ملك نفسه فمال الحائط، ولم يشهد عليه بالتقصّص [حتى سقط فلا ضمان عليه؛ لأنه محق في البناء، ولو أشهد عليه بالتقصّص]^(٢) ثم سقط في مدة أمكنه نقضه بعد الإشهاد فهو ضامن؛ لأنّ الهواء صار في يده حكماً بميلان الحائط إليه، فإذا طوّل بتفريغه وتركه، صار جانباً^(٣)، وإن لم يفرط في التقصّص، وذهب يطلب من ينقصه، فسقط الحائط، فلا ضمان عليه؛ لأنه ما يمكن من إزالة الشغل، وإذا كان الميلان إلى الطريق صحّ الإشهاد ممن له المرور، وأهل الذمة والإسلام سواء لاستوائهم في حق المرور، فإن كان الميل^(٤) إلى دار رجل، فالإشهاد إليه، وإن كان فيها سكّان، فالإشهاد إليهم؛ لأنّ الهدم^(٥) حقهم، ولو أشهد عليه في الطريق ثم استمهل من القاصي، أو ممن أشهد عليه أياماً، فأجله، فهو باطل؛ لأنّ الحق لجماعة المسلمين، فلا يجوز إبطاله، وإن كان مائلاً إلى دار رجل، فأجله صاحب الدار أو أبرأه جاز؛ لأنّ الحق له، وكذا إذا فعل ساكن الدار؛ لأنّ حق التصرف له، وكذلك لو وضع حجراً في دار غيره، أو حفر بئراً، أو بنى بناء، فأبرأه صاحب الدار، جاز، ولو باع صاحب الدار، ثم سقط لم يضمن، قبضه المشتري أم لا^(٦)؛ لأنه لا يملك نقض البناء بعد البيع، فلا يجب عليه، ولا يصح الإشهاد على المرتهن، والمستأجر والمودع؛ لأنه لا يملك التقصّص، ويصح على الأب، والوصي؛ لأنه يملك التقصّص، وما تلف بعد الإشهاد فعلى عائلة الضمي إن كان نفساً، وإن كان استهلاكاً ففي ماله، لأنّ التلف حصل بملكه.

ولو كان الدار بين^(٧) جماعة فأشهد على بعضهم دون البعض، يضمن من أشهد عليه بقدر ما يملك استحساناً؛ لأنّ ملكه يطلق عليه التقصّص، وله أن يطالب الباني، ولو أنكر العاقلة أن يكون الدار ملكاً لصاحبهم فلا عقل عليهم حتى يشهد الشهود؛ لأنّ ظاهر اليد لا يصلح حجة للإلزام. قال محمد رحمه الله تعالى: لا بد من الشهادة على ثلاثة أشياء: على

(١) في ٥٥: من سقوط.
(٢) في ٥٥: ساقطة، وهي في ٥٥.
(٣) في ٥٥: خائناً.
(٤) في ٥٥: الميلان.
(٥) في ٥٥: الهراء.
(٦) في ٥٥: أو لم يقص.
(٧) في ٥٥: من.

التقدم إليه في الحائط، وإن مات من سقوط الحائط، وأن الدار له.

حائط العبد الناحر إذا سقط على إنسان ومات يعرم عاقلة مولاه إذا لم يكن على العبد دين وقد أشهد على العبد، لأن الملك في الدار للمولى رقة وتصرفاً متى لم يكن على العبد دين إلا أن العبد خصم فيما في يده من جهة المولى، فكان التقدم إلى العبد تقدماً إلى المولى، ولو تقدم إلى المولى، ولم يقضه لكان دية المقتول على عاقلة المولى، فكذلك إذا لم يكن عليه دين، وإن كان عليه دين^(١) مستغرق، فعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: الجواب كذلك، وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: في الاستحسان على عاقلة المولى أيضاً. هذا إذا سقط على آدمي. أما إذا سقط على المال، فأنلغه، قيل: يتعلق برقة العبد، فيقال للمولى: إما أن تبيع الرقة، أو تقضي الدين.

ولو سقط إنسان من حائط مائل تقدم إلى صاحبه، فانهدم، وأصاب الرجل الساقط غيره، فقتله، تجب الدية على عاقلة صاحب الحائط؛ لأن الحائط هو الذي أسقط عليه هذا الرجل، فكان سقوطه مضافاً إلى الحائط المائل، فكان الرجل قتيل الحائط، فيجب الضمان على عاقلة صاحب^(٢) الحائط [المائل]^(٣) ولو لم يتقدم إليه يحب الضمان على عاقلة الساقط. هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر الشيخ الإمام الزاهد المعروف بخواهر زادة، رحمه الله تعالى: أنه لا يضمن أحد متى سقط الحائط [المائل]^(٤)، والرجل وهو الظاهر؛ لأن سقوط الرجل مضاف إلى سقوط الحائط [فكان قتيل الحائط]^(٥)، وقتيل الحائط^(٦) هدر دمه إذا سقط قبل التقدم.

ولو مات الساقط والمسقوط عليه واقف ضمن عاقلة الواقف؛ لأن المسقوط عليه متسبب، وهو متعدي في التسبب؛ لأنه ليس له الوقوف، على الطريق، وإن [كان]^(٧) يمشي هدر دمه؛ لأنه غير متعدي في السبب؛ لأن الطريق أعد للمشى، فتعذر إيجاب الضمان عليه فيصير دمه هدرًا.

ولو مال حائط الرجل بعضه في دار رجل وبعضه في الطريق، فتقدم صاحب الدار، فوقع ما في الطريق، أو تقدم غيره، فوقع ما في الدار، ضمن ذلك كله؛ لأن التقدم من صاحب الدار تقدم في حق كل الحائط؛ لأن لصاحب الدار حقاً في الدار والطريق، فصح^(٨) التقدم في حق الدار والطريق.

وأما إذا تقدم غيره وهو من أهل الطريق، فلأن التقدم قد صح فيما هو مائل إلى الطريق، والتقدم في بعض الحائط متى صح كان تقدماً في كله إذا كان الحائط واحداً، بحيث لو سقط بعضه سقط كله، حتى لو كان الحائط بحال لو سقط بعضه لا يسقط كله،

- | | |
|--------------------------------------|--------------------------------|
| (١) في «د»: فإن كان عليه دين: ساقطة. | (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٦) في «د»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «د»: فيصح. |

لا يكون تقدماً^(١) في الكل. هذا إذا كان الحائط مائلاً كله، وإن مال بعضه، فهذا على وجهين: إما أن كان [الحائط]^(٢) صغيراً بحيث يعلم أنه متى سقط ما وهى سقط ما لم به، أو كان طويلاً بحيث لو سقط الواهي لا يسقط الباقي.

ففي الوجه الأول: الجواب فيه كالجواب فيما إذا كان الحائط كله مائلاً؛ لأن غير الواهي إن^(٣) كان يسقط مع الواهي، فهو وإيه من حيث المعنى.

وفي الوجه الثاني: إن كان الواهي في الدار فتقدم صاحب الدار لا يكون تقدماً، فيما كان على الطريق، حتى لو سقط ما كان على الطريق، فقتل إنساناً، لا يضمن صاحب الحائط، وكذا لو كان على العكس، فتقدم من هو من أهل الطريق؛ لأن في الوجه الأول: ما على الطريق وإيه^(٤)، وفي الوجه الثاني: ما على الطريق^(٥) غير وإيه، لا حقيقة ولا اعتباراً والتقدم في حق الواهي لا يكون تقدماً في حق غير الواهي.

ولو بنى رجل من طريق أو سوق بإذن السلطان أو حفر، لم يضمن؛ لأن البناء بإذن السلطان بمنزلة البناء بإذن المالك؛ لأن السلطان بمنزلة المالك في طريق العامة، وسوق العامة؛ لأن التدبير فيهما^(٦)، وعمارتها إلى السلطان. قالوا: هذا في أسواقهم بالكوفة، فأنا في بلادنا: فالسوق لأصحاب الحوانيت، فلا يكون التدبير في طريق هذا السوق إلى السلطان، فلا يعتبر إذن السلطان، ومنهم من قال: هذا يستقيم إذا كان سوقاً فيه طريق نافذ؛ لأن الطريق إذا كان نافذاً يكون التدبير في ذلك الطريق إلى السلطان.

وأما ما يضمن ما تلف بفعل البهائم وعلى البهائم:

رجل أدخل بعيراً لمسلم في^(٧) دار رجل، وفي الدار بعير لصاحب الدار، فوقع البعير على بعير صاحب الدار، فقتله، إن أدخله بإذن صاحب الدار، فلا ضمان على أحد، وإن أدخله بغير إذنه ينبغي أن يضمن كما إذا ألقى حية على رجل، فنهشته الحية، فمات، ضمن، كذا هذا، بخلاف ما إذا دفع سكيناً إلى صبي، فصرّب الصبي على إنسان فقتله، لا ضمان على الدافع؛ لأن فعل الصبي معتبر، فتقطع النسبة عنه. أما فعل الذابة: غير معتبر، فلا تقطع النسبة عنه.

رجل جنى على دابة إنسان بأن قطع يدها، أو رجلها، أو ضحى بالشاة، فصاحبها بالخيار إن شاء ضمن قيمته، وسلم اللحم والذابة، وإن شاء أمسكه ولا يضمنه شيئاً. هذا إذا كان له قيمة بعد القطع، أما إذا لم يكن، فله التضمين لا غير.

ولو ذبح حماره فله أن يمسكه ويضمنه النقصان، لأن حلد الحمار له قيمة.

(١) في «د»: مقدماً.
(٢) في «أ»: غير ولودة، وهي في «د».
(٣) في «د»: إذا.
(٤) في «د»: ساقطة.
(٥) في «د»: الدار.
(٦) في «د»: ساقطة.
(٧) في «د»: إلى.

ولو قتله، فليس له التضمين بالنقصان، بل يضمه القيمة؛ لأن الجلد لا قيمة له في الحال.
ولو قفا عين حمار، فله الخيار؛ لأنه بقي متفعلاً به بعد ذلك، وإذا نخس دابة رجل، وهو يسير عليها، أو هو واقف عليها في ملكه، أو في الطريق، فضررت بيدها أو برجلها أو عمرت، فصدمت إنساناً في فورها من النخسة، فالناخس ضامن؛ لأنه مسبب لذلك، وهو متعدي في السبب، ولو فعل مأمراً الزاكب، والزاكب يسير في الطريق ضمناً، وإن كان واقفاً في ملكه، أو في موضع قد أذن في الوقوف فيه؛ فلا ضمان على أحد؛ لأن فعله مضاف إلى الأمر، ولأمر لا يضم به، فكذا المأمور. وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه أوجب الضمان عليها نصفين إذا وطئت إنساناً؛ لأنه حصل بفعلها، فإذا نفخت برجلها، فلا ضمان لما مر، وإن كان الزاكب واقفاً في بعض الطريق الذي لم يؤذن في الوقوف فيه^(١)، فضرر إنسان الذبابة بإذنه منفتحة إنساناً فالذبابة على الضارب والزاكب نصفان على عاقلتهما؛ لأن كلا منهما متعدي في السبب، ولا كفارة عليهما؛ لأن التلف حصل بالسبب دون المباشرة.

ولو نخس بغير أمره، فوثبت، وألقت الزاكب، فالناخس ضامن؛ لأنه متعدي فيه، ولو نفخت الناحس، فقتلته^(٢) فهو هدر؛ لأنه حصل بفعله، ولا ضمان على الناحس حتى يعلم أن التي أصابته كان في فورها الذي نخسها؛ لأنه إذا كان بعده يكون باختيار الذبابة، فإن كان للذبابة سائق، وقائد، فنخس بغير إذن واحد منهما، فالضمان على الناحس خاصة لما مر، وإن أمراه^(٣) به فلا ضمان على واحد منهما؛ لأن فعله بأمرهما كفعلهما.

إذا وضع إنسان حجراً على الطريق، فمرت الذبابة بالحجر^(٤)، فنخسها، فنفتحت إنساناً فقتلته، كان الواضع ضامناً وناخساً؛ لأن الواضع منسبب للنخس، وهو متعدي في هذا السبب، فيعتبر ما لو باشر النخس.

ومن قاد قطاراً ضمن أوله وآخره؛ لأن القائد الأول لقطار قائد لآخره، لأن زمام القطار متصل بعضها ببعض، فيقاد الآخر بقياد أولها، فصار قائداً للكل، فمن كان له سائق ضمن، لأن أحدهما قائد للكل، والآخر سائق للكل بحكم الاتصال؛ لأن زمام بعضها متصل ببعض، كما أن قود البعض قود للكل، فكذا سوق البعض سوق للكل، وإن كان ثالث وسط القطار ضمنوا إذا كان الذي في وسط القطار يمشي في جانب من القطار ويسوقه؛ لأنه سائق للبعض، فكان سائقاً للكل بحكم الاتصال، فكان السائق اثنين، والقائد واحداً، فيكون الضمان عليهم أثلاثاً. أما إذا كان السائق وسط القطار، فأخذ بزمام يعبر من القطار، فما أصاب ما خلفه، فالضمان عليه، وعلى الذي يسوق بعده نصفان، وما أصاب ما^(٥) قبله، فالضمان على الأول، وعلى الذي في وسط القطار نصفان، لأن الأول ليس

(١) في دة: بالذبة

(٢) في دة: ساقطة

(١) في دة: ساقطة.

(٢) في دة: فقتله.

(٣) في دة: أمراه، وفي دة: أمره ولعل ما اشتبه في المتن أصح وهو في دة.

بقائد لما خلف الذي في وسط القطار؛ لأن ما خلف الذي في وسط القطار^(١) زمامه غير متصل بما قبله، والذي في وسط القطار سائق لما قبله قائد لما خلفه، فصار هما في الحاصل قطاران: فالأول: قائد للقطار الأول والآخر: سائق للقطار الثاني، والذي في وسط القطار سائق لما قبله، قائد لما خلفه، فكان ضمان [الأول]^(٢) على القائد [الأول]^(٣) وعلى الذي في وسط القطار، وضمن الثاني على الذي في وسط القطار وعلى الآخر.

ولو كان راكباً في^(٤) وسط القطار كان قائداً ما خلفه، فضمن معهم، ولا يصح [ما]^(٥) بين يديه؛ لأنه غير قائد لها، ولا سائق لها، فأما ما^(٦) هو سائق للبعير الذي ركب عليها، رقائد للذي خلفه من الإبل.

ولو ربط رجلٌ بعيراً في قطار لا يعلم القائد ولا السائق ضمننا ذلك؛ لأن القيادة والسوق من الربط بمنزلة المباشرة من السبب؛ لأن التلّف انصل بالقيادة والسوق، وله يتصل بالربط، فكان إيجاب الضمان على القائد، والسائق، أولى من إيجابه على الرابط، ويرجعان على عاقلة من ربط. قالوا: إنما يرجعان على عاقلة الرابط إذا ربط والقطار يمشي، ولم يعلم بربطه. أما إذا ربط والقطار واقف، ثم قاد أو ساق، لا يرجع على عاقلة الرابط سواء علم أو لم يعلم.

وأما ما يضمن الركاب بوطء الذابة:

الركاب إذا سار في الطريق، فأوطأت دابته رجلاً بيدها أو برجلها، أو كدمت أو صدمت، فهو ضامن؛ لأن السير مضاف إليه، فيتقيد بصفة السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، وكذلك يجب الضمان على الزديف إلا إذا حمل صبيلاً لا يستمسك مع نفسه، فحينئذ لا يضمن الزديف؛ لأن فعل الذابة لا يضاف إليه، والضمان على عاقلة الركاب، والزديف، وعلى الركاب كثارة؛ لأنه مستعمل للذابة بنفسه، فكان مائشراً للجناية بنفسه بخلاف لقائد والسائق؛ لأنه متسبب؛ والكفارة لا تجب بالسبب.

ولو أوقفها صاحبها في الطريق ضمن نفقة الرجل والذئب، وكذلك من عطب برونها (أو بولها)^(٧)، أو بلعابها، وكذلك لو أوقفها على باب المسجد؛ لأن الاحتراز منه^(٨) ممكن، فيكون متعدياً باستعمال الطريق، فيؤاخذ بالضمان، فإن جعل الإمام للمسلمين عند باب المسجد موقفاً يوقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه؛ لأن ذلك مطلق بإذن الإمام فصار إلقاء فيه كالقيام في ملك نفسه، ولو نفعت برجلها وهي تسير لا^(٩) يضمن. وكذلك الذئب لا يضمن.

ولو كدمت بقمها يضمن؛ لأنه لا يمكن التحرز من نفقة الرجل والذئب، لأن التقع

- | | |
|---|-----------------------|
| (١) في «هـ» لأن ما خلف... القطار: ساقطة | (٦) في «هـ» ما: ساقطة |
| (٢) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». | (٧) في «هـ»: ساقطة |
| (٣) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». | (٨) في «هـ»: عنه |
| (٤) في «هـ»: ساقطة. | (٩) في «هـ»: لم. |
| (٥) في «هـ»: ساقطة، وهي في «هـ». | |

يكون وراءه، ولا يكون بين عينيه، فلا يجعل متعدياً. أما الكدمة: يمكن الاحتراز عنه، لأنه يكون بين عينيه، فنجعله متعدياً.

ولو ضربت بحافرها نواة أو حجراً صغيراً، فقتلت، لم يضمن، لأنه إذا كان شيئاً يسيراً بنعت سير الذبابة من غير تشديد^(١) وعنف في السير، فلا يمكن الاحتراز عنه، وإن كان حجراً كبيراً ضمن، لأنه يمكن الاحتراز عنه، فكان متعدياً في السبب.

ولو راثت، أو بالث، أو سال لعبابها في السير لم يضمن؛ لأنه لا يمكن الاحتراز عنه^(٢) بخلاف ما إذا كان واقفاً^(٣) حيث يضمن لما ذكرنا.

ولو وقع سرجها، أو لجامها، أو ما يحمل عليها في السير فقتل إنساناً، أو عطب به رجل، ضمن؛ لأنه يمكن الاحتراز عنه، فكان متعدياً في السبب، والزكب والسائق والقائد والزديف في الضمان سواء حالة الانفراد أو الاجتماع جميعاً، وهو الصحيح، وإن كان^(٤) الزكب مباشراً ولكن الضمان [أيضاً]^(٥) إنما يضاف إلى المباشر فحسب إذا كان السبب شيئاً لا يعمل في الإنلاف^(٦) كما في الحفر، فإنه لا يوجب التلف بحال ما لم يوجد الدفع الذي هو ماسة، إما من الدافع، أو من غيره، أما هنا الزكوب لو انفرد أو السائق لو انفرد كان عاملاً في إنلاف ما أوصات الذبابة، فإذا اجتمعا لم يجز إلغاء عمل السائق، فكان التلف مضافاً إليهما إلا أن أحدهما متسبب والآخر مباشر، والضمان كما يجب بالباشرة يجب بالتسبب.

وإن^(٧) عطفت الذبابة يميناً أو^(٨) شمالاً، ولها سائق، لا يضمن ما أصابت إلا أن يكون لها طريق غيره؛ لأنه إذا كان لها طريق غيره^(٩) لم يكن الانعطاف بعذر^(١٠)، والانعطاف إذا لم يكن بعذر ينقطع به أثر إرساله؛ لأنه أرسله إلى وجه آخر، فيقطع الإرسال، فلم يكن مضافاً إلى فعله، فأما إذا لم يكن لها طريق غيره كان الانعطاف بعذر، والانعطاف إذا كان بعذر لا ينقطع به الإرسال؛ لأنه أرسله في هذا الطريق فإذا لم يكن له طريق آخر، كان إرسالاً إلى هذا الطريق، وكان كالكلب إذا انعطف يميناً وشمالاً لا لانعطاف الضيد.

ولو وقف، ثم سار، خرج السائق من^(١١) الضمان؛ لأن الوقوف عن السير مما^(١٢) يفوت به مقصود صاحبها من الإرسال والسير، فكان قاطعاً للإرسال، بخلاف الكلب، إذ وقف ساعة، ثم أخذ في السير، فأخذ الضيد؛ لأن وقوف الكلب مما لا يفوت مقصود صاحبه في الإرسال والسير لأنه إنما وقف ليتمكن من أخذ الضيد^(١٣) فيقرر مقصود صاحبه في الإرسال فكان ذلك ليقرر حكم الإرسال فلا يكون قاطعاً حكم الإرسال.

- | | |
|--------------------------------------|--|
| (١) في «هـ»: تشديد، وفي «هـ»: تشديد. | (٨) في «هـ»: يدور أو |
| (٢) في «هـ»: عن ذلك. | (٩) في «هـ»: ساقطة، وفي «هـ» |
| (٣) في «هـ»: كنت واقفة. | (١٠) في «هـ»: ساقطة |
| (٤) في «هـ»: ساقطة. | (١١) في «هـ»: عن. |
| (٥) في «هـ»: ساقطة، وفي «هـ»: | (١٢) في «هـ»: كما. |
| (٦) في «هـ»: الإعتاق. | (١٣) في «هـ»: لأن وقوف الكلب... من أحد |
| (٧) في «هـ»: ولو. | الضيد ساقطة |

ولو اصطدم فارسان خطأ وماتا^(١) ضمن كل واحد منهما دية صاحبه على عاقلته؛ لأن تلف كل واحد منهما حصل بمباشرة صاحبه، وكلا الفعلين حصلاً بأمر مباح. وهو المشي في الطريق، فكان إضافة تلف كل واحد منهما إلى فعل صاحبه أولى؛ لأن إضافة تلف الإنسان إلى مباشرة^(٢) إتلاف الغير جائز مستقيم، وإن كان مباحاً كالمانم إذا انقلب على الإنسان فمات وإضافة تلف الإنسان إلى فعله، وإن كان مباشرة لا يجوز إذا كان مباحاً كما في الماشي على الطريق إذا وقع في البئر، وهو لا يعلم به، فصار إضانه [تلف]^(٣) كل واحد منهما إلى صاحبه أولى، فلم يهدر شيء من دم كل واحد منهما، كما في الماشي والحافر.

ولو كانا عامدين في الاصطدام يجب نصف الذية على كل واحد منهما؛ لأن فعل كل واحد منهما [في نفسه]^(٤) ما هنا، وفعل صاحبه فيه تعدي؛ لأنه حرام على كل واحد منهما اصطدام صاحبه في الطريق عمداً، وفعل الإنسان في نفسه إنما يسقط اعتباره في إضافة التلف إليه إذا كان مباحاً استدلالاً بالحافر والماشي، فكان التلف مضافاً إليهما جميعاً.

ولو وقف دابة في ملكه وملك شريكه لم يضمن ما أصابت شيئاً بيدها لو برجلها؛ لأن له حق الإيقاف^(٥) في الملك المشترك كما له حق الإيقاد في الملك الخاص؛ لأن الإيقاف^(٦) من جملة التمكن [وما كان من جملة التمكن]^(٧) فكان له أن يعمل كالقعود ووضع المتاع في الدار المشترك، فلم يكن متعدياً.

وأما فيما يضمن بصنعه من غير فعل البهائم:

لو أن رجلاً أدخل نائماً بيته، أو مغمى عليه، أو صياً فسقط عليه البيت يضمن في الضبي والمعنوه دون النائم، وهو في هذا بمنزلة اليقظان.

رجل أخذ يد إنسان فجذبه صاحب اليد من يده، فانكسرت يده إن كان أخذه لمصلحة فلا شيء على الآخذ، لأنه ما أخذه على وجه التعدي، وإن أخذه لا لذلك فعده فلصاحب اليد أن يضمن القابض قيمة اليد؛ لأنه أخذه على وجه التعدي.

رجل عض ذراع إنسان، فجذبه من فمه فسقطت بعض أسنانه، ودغب بعض لحم ذراع هذا فدية الإنسان هدر، وعلى الماض أرض ذراعه، بخلاف ما إذا كان في يده ثوب فتشبت به رجل فحذب صاحب الثوب من يده فاحرق الثوب يضمن المستمسك نصف قيمة الثوب؛ لأن عض الذراع أدى منه، فله أن ينزع منه. أما أحد الثوب ليس بأدنى منه، فلا حاجة له إلى الحذب فإن كان الذي يجذب الثوب لابسه، فتحرق، فهو ضامن بحميمه.

(١) في دة: ثم.
(٢) في دة: مباشرة.
(٣) في دة: سائطة، وهي في دة.
(٤) في دة: سائطة، وهي في دة.
(٥) في دة: الإيقاف وهو نصيب.
(٦) في دة: الإيقاف وهو نصيب.
(٧) في دة: سائطة. وهي في دة.

رجل جلس على ثوب إسان، وهو لا يعلم به، فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوسه فإنه يضمن نصف الشق^(١)؛ لأن الجالس لم يكن له أن يجلس عليه، فصار جانباً بالجلوس، فصار الثوب مشقوقاً بجذبه في قيامه، وبإمسك صاحبه بثقله فيجب عليه نصف الضمان.

الأب إذا ضرب الابن في أدب، أو الوصي ضرب اليتيم، فمات، يضمن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وإن ضربه المعلم إن كان بغير إذنهم، فهو ضامن، وإن كان بإذنهم، فلا ضمان عليه، لأن الأب والوصي مأذونان، في التأديب بشرط السلامة؛ لأنهما يملكان التصرف في نفسه وماله إذا كان خيراً لليتيم. أما المعلم؛ إنما أدبه بإذنهم، والإذن منهم وجد مطلقاً لا مقيداً.

رجل ضرب زوجته في أدب، فماتت ضمن، وعلى الأب في ضرب الابن الكفارة والدية، وعلى المعلم الكفارة دون [الدية]^(٢)، وعلى الزوج الكفارة والدية جميعاً، لأنهما يباشران على وجه التعدي، وإذا ضربه القاضي في حد أو تعزير، فمات، لا ضمان عليه؛ لأن الزوج ضربها لمنفعة نفسه، والقاضي ضربه لمنفعة المضروب لا لمنفعة نفسه.

رجل ضرب إنساناً، فسقط ميتاً، وكان مع المقتول مال [فتوى المال]^(٣) فهو ضمن لقاتل المال؛ لأنه صار مستهلكاً له.

رجلان مذا حبلاً فإن قطع رجل الحبل حتى وقعا وماتا ضمن القاطع ديتهما، وقيمة الحبل، لوجود السبب على وجه التعدي.

رجل دخل على رجل، فأوما^(٤) إليه بالقعود على وسادة، فجلس عليه، فإذا بجنيها فلرورة فيها دهن لم يعلم به؛ فاندقت القارورة، وذهب الدهن، وخرق الوسادة. أما في الدهن؛ فيضمن؛ لأنه تلف بصنعه، وفي الوسادة لا يضمن؛ لأنه جلس بأمره.

ولو كانت القارورة تحت ملاءة قد غطي فأوما بالجلوس عليه ليس على الجالس ضمان. وإن^(٥) أذن له أن يجلس على السطح، فانخسف به، فوقع على مملوك الأمر، فإنه يضمن؛ لأن الوسادة توضع للجلوس عادة، لكن بشرط السلامة، فلم يؤثر إذنه فيما تحته، وأثر في نفس الوسادة، بخلاف الملاءة فإنه لا يفرش للجلوس عادة، فيضاف الجلوس إلى إذنه، بخلاف السطح؛ لأن كنهه موضع الجلوس، فصار نظير الوسادة.

وأما^(٦) جناية الضبي:

رجل أمر صبياً بقتل رجل، فقتله، كانت الدية على عاقلة الضبي؛ لأن الضبي مباشر القتل طائناً وترجع عاقلته على عاقلة الأمر؛ لأن الضبي^(٧) في القتل كان عاملاً للأمر؛ لأنه

(١) في «هـ»: الشيء، وفي «د»: لشن وقد (٤) في «د»: فأوى.
(٢) أيضاً الأخير. (٥) في «د»: ولو.
(٣) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «هـ»: وإن، وفي «د»: وأما، وقد أثبتنا الأخيرة.
(٤) في «هـ»: ساقطة، وهي في «د». (٧) في «د»: يضر... لأن الضبي: ساقطه.

فاعل^(١) يأمره، وقد صح الأمر؛ لأن الأمر مكلف، والأمر صحيح من المكلف؛ لأنه يؤخذ بضمن القول، والأمر إن لاقى ملك الغير، لكن الأمر بما لا يملكه الأمر صحيح في حقهما وإذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر في حق الأمر^(٢) والمأمور إن لم يصح في حق المجني عليه كما لو أمر رجلاً بأن يذبح له هذه الشاة، وكانت الشاة لجاره، ولم يعلم المأمور بذلك صح الأمر في حق الأمر للمأمور، حتى إذا ضمن الذابيح الشاة للجار كان له أن يرجع بذلك على الأمر، وهذا الضبي غير عالم بفساد الأمر بنقصان عقله، ولو علم لا عبرة لعلمه، لأنه ألحق بالمجنون فيما يضره، ومتى لم يكن عالماً [به]^(٣) صح الأمر في حقهما، وإن لم يصح في حق المجني عليه، فصار الضبي عاملاً له^(٤)، ومتى عمل لغيره لحقه في ذلك غرم كان قرار الغرم على المعمول به.

ولو أعطاه عصاً، أو حديدة، أو شيئاً من السلاح بمسكه، ولم يأمره بشيء، فعطب به، ضمن عاقلة الرجل دية الضبي، لأن الدافع لما ناول الضبي السلاح لمسكه، فقد صار مستعملاً له^(٥) في عمل من أعماله، وهو حفظ السلاح.

ومن استعمل صبيّاً محجوراً في عمل له بغير إذن وليه، وتلف الضبي من ذلك الاستعمال، كان ضامناً؛ لأن استعماله جناية فما^(٦) يتولد منه كان مضموناً عليه، وإن قتل نفسه لم يضمن؛ لأنه تلف بسبب عمل آخر لم يستعمله الأمر في ذلك العمل، ولو غصب حر^(٧) ضمن ديته إن قتل؛ أو أصابه حجر، أو جرح، وإن مات حتف أنفه لم يضمن إلا بجانبه أو أكله السبع^(٨)، أو تردى؛ لأنه منسبب لتلفه؛ لأن حدّ الثبب أن يتعلق التلف بأثر فعله بواسطة فعل آخر، ونستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله كما في حفر البئر التلف اتصل بأثر فعله، وهو العمق بواسطة فعل آخر وهو فعل الماشي، واستقام إضافة التلف إلى أثر فعله، فإنه يستقيم أن يقال لولا أثر فعله وهو العمق ما تلف الماشي هذا المعنى هنا موجود؛ لأنه اتصل التلف بأثر فعله وهو حصوله في المكان الذي فعله^(٩) إليه بواسطة فعل آخر، وهو نهش الحية والترقي وغير ذلك ويستقيم إضافة التلف إلى أثر فعله وهو حصول الضبي في المكان الذي نقله إليه فإنه يستقيم أن يقال: لولا حصول الضبي في هذا المكان^(١٠) وإلا لكان لا يتلف الضبي؛ لأن هذه الصواعق التي حلت^(١١) بالضبي لا تعم الأماكن، وإنما توجد في بعض الأماكن، والمنسب ضامن متى لم يجب الضمان على المباشر [كما في الحافر]^(١٢) فأما إذا مات حتف أنفه من الحنى أو غيرها لا يمكن إضافة الموت إلى أثر فعله، وهو حصول الضبي في المكان الذي

- | | |
|--|---|
| (١) في «هـ» فأنزل | (٧) في «هـ» ساقطة. |
| (٢) في «هـ» في حق الأمر: ساقطة. | (٨) في «أه» ساقطة وهو مصرح به في «هـ» |
| (٣) في «أه» ساقطة، وهي في «هـ» | (٩) في «هـ» نعله، وفي «أه» فعله، وقد أثبتنا الأول |
| (٤) في «أه» به، ولعل الذي في «هـ» أحسن | (١٠) في «هـ» الذي نقله... في هذا المكان. ساقطة |
| ولذا أثبتناه. | (١١) في «هـ» الذي حل. |
| (٥) في «هـ» ساقطة. | (١٢) في «أه» ساقطة، وهي في «هـ» |
| (٦) في «هـ» مثلاً. | |

نقله إليه؛ لأن الموت مما يصيبه في الأماكن كلها^(١) فلم يكن تسبباً حتى لو كان موضعاً تعلت فيه الحمى والأمراض ينمي أن يضمن.

ولو حمّله على دابة فسقط ضمن كان مثله يركب أو لا يركب، لأنه صار غاصباً للضبي وغاصب الضبي يضمن متى تلف الضبي بأمر يمكن التحرز عنه وسقوطه عن الدابة بعدما حمّله^(٢) على [الدابة مما يمكن التحرز عنه.

ولو سار الضبي ثم سقط لم يضمن الرّجل؛ لأن الضبي إذا كان بحيث^(٣) تسير^(٤) الدابة، فالسير يكون مضافاً إلى تسير الضبي، والرّجل لم يأمره بذلك، فلا يضمن الرّجل كما لو دفع إليه سكيناً فقتل نفسه، ولو أوطأ رجلاً في سيره، فمات، لم تضمن عاقلة الرّجل، وتضمن^(٥) عاقلة الضبي؛ لأن الضبي إذا كان يستمسك على الدابة، ويسيرها، فسير الدابة مضافاً إلى فعله، والحامل لم يأمره بذلك، فصار الضبي قاتلاً بعمل غير مستعمل فيه.

ولو سارت الدابة والضبي لا يقدر أن يثبت على الدابة ولا يستمسك، فأوطأت رجلاً هدر دمه؛ لأن سيرها غير مضاف إلى الضبي، فصار كما لو كان على الدابة حمل، فسارت، وأوطأت رجلاً، هدر دمه^(٦). كذا هنا.

رجل صاح لصبي^(٧)، وهو على حائط، فوق، فمات، فلا ضمان عليه، وذكر ابن [رستم]^(٨) في نوادره: أنه لو قال له^(٩): لا تقع، فوق، لا يضمن، ولو قال له^(١٠): تقع، فوق، يضمن، ولو قال لصبي محجور: اصعد هذه الشجرة، وانقض لي ثمارها، فصعد، فسقط، يضمن، وكذلك لو أمره بحمل شيء أو بكسر حطب بغير إذن وليه، تلف الضبي من ذلك.

ولو قال له: اصعد هذه الشجرة، ولم يقل: انقض لي ثمارها، أو قال: انقض الثمار لنفسك، فسقط، فمات، اختلف المشايخ فيه، وكذلك إذا دفع السلاح إلى صبي، ولم يقل: امسك، وخطب الصبي بالسلاح، هل يضمن؟ اختلف المشايخ فيه، والمختار في هذه المسائل التي اختلف فيها: هو الضمان.

وأما القتل الموجب لحرمان الميراث:

قوم حاصروا جيش المشركين ثم جاء رجل ورمى بالمنجنيق إلى حصنهم، فأصاب حائط الحصن، ثم رجع، فأصاب إنساناً، والزّامي وارث المصاب، فلا ميراث له، وعليه الدية والكفارة.

ولو وقع في الحصن، وأصابه، وهو في الحصن، فلا شيء عليه؛ لأن دمه هدر.

- (١) في «د»: كلها. وفي «أ»: كله والمشت (٥) في «د»: وضمن .. هدر دمه ساقطة الأول.
- (٢) في «د»: حمل. (٦) في «د»: لأن سيرها. (٧) في «د»: صبياً، وتعلّ الضواب. لصبي
- (٣) زيادة في «د» وليست في «أ». (٧) في «أ»: غير واردة، وهي في «د». (٨) في «أ»: ساقطة
- (٤) في «أ»: سير، وفي «د»: تسير، وقد أثبتنا (٩) في «د»: ساقطة الأخير.
- (٥) في «د»: ساقطة (١٠) في «د»: ساقطة

وكذلك لو قام في صف المشركين؛ لأنه منهم، ويكثر سوادهم إلا أنه لم ينعقد بذلك.

أما ما يوجب جنابة العبد، والجنابة على العبد:

رجل بعث غلام إنسان في حاجة له بغير إذن سيده، ثم إن العلام رأى صيائاً يلعبون، فانتهى إليهم، فارتقى فوق بيت، فوق منه، فهلك، فالصمان على المرسل؛ لأنه استعمل عبد العير بغير إذنه، فصار غاصباً.

رجل اشترى عبداً ولم يقضه حتى قتله رجل عمداً، فالمشتري بالخيار: إن شاء أجاز البيع، ويقطع القاتل، وإن شاء نقض البيع ويقطع البائع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

رجل قال لرجلين: اضربا مملوكي هذا مائة سوط، فلهما أن يضرباه، ولو^(١) ضرب أحدهما تسعة وتسعين، وضربه الآخر سوطاً واحداً ومات، لا ضمان على واحد منهما^(٢) استحساناً كرجل قال لامرأتين له^(٣): إن أكلتما هذا الرغيف فأنتما طالقتان، فأكلت إحداهما عامته، وأكلت الأخرى بقيته، طلقنا، لأنهما أكلناه.

ولو أن عبداً قتل عبداً لرجل خطأ، ثم قتل أخ^(٤) مولاه خطأ، وليس للأخ وارث غير مولاه؛ فإنه يدفع نصف العبد إلى مولى العبد المقتول، ويفديه بنصف الباقي؛ لأنه لما قتل العبد صار نفسه مستحق الدفع إلى مولى العبد المقتول، فلما قتل الثاني صار نصفه مستحقاً له فيدفع إلى الأول نصفه، ويفديه بالباقي؛ لأنه لا يمكنه الدفع للأول^(٥)؛ لأنه ملكه بعد الجنابة بسبب الإرث، فيفديه في النصف؛ لأنه سلم له نصف العبد، ولو قتل الأخ أولاً، ثم قتل المملوك، فإنه يدفع العبد إلى مولى العبد أو يفديه؛ لأنه جنى في ملكه، ولو كان للأخ ابنة، فإنه يضمن ثلاثة أرباع المقتول وربعه للابنة على ما قلنا، ولو أوصى بعبد له، فجنى العبد جنابة أرشها ألف درهم، فقالت الورثة: لا يفديه، فلهم ذلك، فيدفع بالجنابة، وتبطل الوصية إلا أن يقول العبد للإنسان: ادفع عني ألف درهم، ففعل ذلك يصير ذلك ديناً على العبد يؤديه إذا عتق.

عبد جنى حناية، فأوصى المولى بعتقه في مرضه فأعتقه^(٦) الوصي أو الوارث، فإن كان الوصي علم بجنابته، فعليه الذية، مقدار القيمة من ماله، وإن لم يعلم فمن بيت المال. عبدان لرجل فقال المولى: أحكما [حر]^(٧) فجنى أحدهما انصرف العتق إلى الذي جنى، وعليه الذية؛ لأننا لو صرفناه إلى الآخر يصير هو واجب الدفع، ويحتمل أنه حر؛ لأنه يحتمل أن العتق نازل فيه، فينضرو بذلك. أما لو صرفناه إليه لا ضرر على ورثة المقتول، لأنهم يأخذون الذية، وربما يربو ذلك على قيمة العبد، ولا ضرر على المولى أيضاً؛ لأن المعتق^(٨) أحدهما فيصرف إليه.

(١) في «د»: وإن.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: ساقطة.

(٤) في «د»: آخر، وفي «د»: أخ وقد اشتبا ما في «د».

(٥) في «د»: إلى الأول.

(٦) في «د»: في مرضه فأعتقه ساقطة.

(٧) في «د»: ساقطة، وفي «د»:

(٨) في «د»: العتق.

رجل قتل أمة رجل خطأ، وقيمتها أكثر من دية الحر، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى روايتان. في رواية: ينقص عن خمسة آلاف خمسة، وفي رواية: عشرة، ولو قطع يد عبد أو فمأ عينه، وقيمته أكثر من عشرة آلاف درهم يجب خمسة آلاف درهم إلا خمسة.

عبد قطع أصبع رجل خطأ، ففداه المولى باللف، ثم مات المقطوع أصبعه، فإن فداه بغير قضاء، فعليه تمام الذية، وإن كان بقضاء كان الفداء^(١) باطلاً، وهو بمنزلة من اعتق وهو لا يعلم فنية القيمة ويتقاصان.

عبد قتل رجلاً عمداً، وله وليان، فعفا أحدهما، ثم قتل آخر خطأ، فاختر المولى. دفعه، فعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: في هذا روايتان. في رواية: يدعوه له^(٢) أربعاً. ثلاث أربعاء لولي الخطأ، وربعه لولي العمد، وفي رواية: يدفعه أثلاثاً: ثلثه لصاحب الخطأ، وثلث لمولى العمد. قال أبو يوسف: ما قلت قولاً خالفت فيه أبا حنيفة رحمه الله تعالى إلا قولاً، قد كان قاله، وروي عن زفر رحمه الله تعالى أنه قال: ما خالفت أبا حنيفة رحمه الله تعالى في شيء إلا قد قاله، ثم رجع عنه، فهذا إشارة إلى أنهم ما سلكوا طريق الخلاف، بل قالوا، ما قالوا عن اجتهد ورأي اتباعاً لما قاله أستاذهم أبو حنيفة رحمه الله تعالى. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يلد من أين قلنا.

حكم جناية العبد صيرورته جزاء جنايته؛ وللمالك أن يختار الفداء، وإن لم يختار حتى مات العبد بطل حق المجني عليه؛ لأنه هلك محل حقه، ولو مات بعدما احتار الفداء، لم يبطل بموت العبد؛ لأن الحق تحول من رقبة العبد إلى دمة المولى، وإن حنى على جماعة، فإن شاء المولى دفع إليهم بقدر أرش جنايتهم، وإن شاء أمسك وغرم الجنايات، لأن حق كل واحد منهم معلق به على قدر جنايته، وللمولى أن يختار المعص، ويدفع إلى بعضهم ما تعلق به حقه؛ لأنه لا تعلق للبعض ببعض.

ولو قتل العبد رجلاً خطأ وله وليان، واختار المولى الفداء من أحدهما والدفع إلى الآخر لم يكن له ذلك، لأن الحق متحد وجب للميت أولاً، ثم لوارثه، فلا يقبل التفريق، ولو قتل إنساناً وفقاً عين آخر دفع أثلاثاً، وكذا إذا شخ إنساناً شجاجاً مختلفة، قسم بينهم على قدر جنايتهم لما مر.

ولو قتل العبد المنصوب في يد العاصب أو مات وقد جنى قبل الغصب جنايات، فانقيمة بين أصحاب الجنايات، ولا خيار للمولى؛ لأن أرش الجناية إذا كان أكثر من اقيمة، فلا هائدة في التخيير، بخلاف ما إذا كان العبد قائماً؛ لأن للناس أغراضاً في الأعيان.

ولو قتل هذا العبد عبداً لرجل آخر يحبر مولاه بين الذم والفداء، فإن فداه بتقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية، ولا يجبر المولى لما قلنا

(٢) في دة: ساقطة

(١) في دة: المعص.

إن^(١) اختار مولى^(٢) العبد الثاني دفعه خَيْر مولى العبد المقنول بين الدَفْع والفداء؛ لأنَّ الثاني^(٣) بِقَام^(٤) مقامه لِحَمًا ودَمًا، وكذلك لو قطع يد العبد، ودفع به خَيْر مِن [دفعهما]^(٥) وفداهما بأرض اليد، ولو اكتسب العبد الجاني اكتسابًا، أو ولدت الحانية ولدًا، فاختار المولى الدَفْع لم يدفع الولد؛ والكسب لأنَّه لا حق فيه قبل الدَفْع، فلا يتمدَّى إلى الكسب، ولو اختار العداء، ثم علم أنَّه فقير، فالذِّبَةُ لازمة له عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يصح اختيار الفداء إذا كان مفسدًا إلا برضى الأولياء؛ لأنَّ الشرع أثبت له ولاية استخلاص العبد بأدائه من مال آخر، فقد نقل الحق إلى مال آخر بشرط السلامة. لأبي حنيفة رحمه الله تعالى: الأصل وجوب الذِّبَةِ بالجناية إلا أنَّه تعذر إيجابه على العبد؛ لأنَّه صلة، فإذا اختارها السيد أمكن^(٦) تقرير^(٧) لأصل وإيجاب الذِّبَةِ عليه، ثم قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الاختيار بغير قضاء صح، وإن كان بقضاء لم يصح؛ لأنَّ القاضي أخطأ في قضائه بنقله إلى خصمه^(٨) المعسر. أمَّا إذا كان بغير قضاء كان العبء بتراضيهما، فلا تعتبر السلامة، وقال زفر رحمه الله تعالى: هما سواء؛ لأنَّ حجة الاختيار لا تتوقف على القضاء، فلا يعتبر القضاء.

عبد قطع يد رجل، فدفعه^(٩) المولى بالجناية، ثم مات المقطوعة يده، فالدَفْع على حاله؛ لأنَّ حكم الجناية من العبد لا يختلف بين أن يكون قتلاً أو قطعاً؛ لأنَّ المستحق وهو الدَفْع بالجناية فيهما جميعاً، وإن اختار الفداء، ودفعه، ثم مات الرجل، فالقياس: يقتضي أن يكون اختياراً للفداء؛ لأنَّه اختار الفداء في أصل الحناية والسرابة تتبعه، وهو قول أبي يوسف الآخر رحمه الله تعالى، وفي الاستحسان: بخير خياراً مستقلاً، وهو قول محمد رحمه الله تعالى؛ لأنَّه صار شيئاً آخر، وهو القتل. وإذا كان على العبد الجاني دين^(١٠)، فدفعه بالجناية، بيع لأجل الغرماء، وإن فضل شيء كان لأصحاب الجناية، ولا يضمن للغرماء شيئاً؛ لأنَّ الدَفْع حق مستحق عليه فالقياس: أن يضمن القيمة بالتملك، كما إذا باعه وإنما بدأ بالدَفْع ليكون جميعاً بين الحقيقين، فإن ولي الحناية استحقه وهو مشغول، فدفع لذلك، ثم اتبعه الغرماء؛ لأنَّ حقهم كان متعلقاً بالحالية، وأنها باقية بخلاف البيع؛ لأنَّه عقد ببدل، فيصير كأن مائة العبد في حقه تحوَّلت إلى الثمن، ولو دفعه إلى أصحاب الذين يدينهم^(١١) كان مختاراً للجناية، ولزمه الأرض إن كان عالماً، والقيمة إن لم يكن عالماً؛ لأنَّ الخيار في ملكه، فإذا أبطل ملكه صار كأنه أتلفه، ولو باعه القاضي في الذين بيَّنة قامت عنده، ثم حضر ولي الجناية ولا فضل في الثمن، فقد سقط حق ولي الجناية؛

- | | |
|--------------------------------|--|
| (١) في «د»: علو. | (٧) في «د»: تقدير. |
| (٢) في «د»: المولى، بالتحريف. | (٨) في «د»: دمه. |
| (٣) في «د»: الباقي. | (٩) في «د»: فدفعه المولى، وفي «أ»: ودفع إلى المولى. |
| (٤) في «د»: قام. | وقد أثبت ما في «د». على ما نراه صواباً. |
| (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٠) في «أ»: يديه. وفي «د»: دين، وقد أثبتنا الأخير. |
| (٦) في «د»: ساقطة. | (١١) في «أ»: يدينهم. وفي «د»: مدينهم، وقد أثبتنا الأخير. |

لأن القاضي أمين الشرع، فلا يحمل فعله مضموناً عليه، فصار كما إذا هلك العبد، ولا يجوز إقرار المأذون والمحجور بالجناية^(١)؛ لأن موجبهما^(٢) يتعلق بملك السيد والسيد ما أذن له فيها، فلم يصح أصلاً.

وكذلك لو أقر بعد العتق أنه كان جنى جنابة حالة الرق، لا يلزمه شيء بذلك، ولو أن عبداً أعور أخذ المولى أرشه جنى جنابة دفعه المولى وسلم له ما أخذ من الأرض؛ لأن الأرض مباين عنه فلا يتعلق به حق المجني عليه، وما أخذ من الأرض بجنابة علب بعد جنيته يجب دفعه إلى أولياء القتيل؛ لأنه قام مقام طرده، والحق كان متعلقاً به.

ولو قتل قتيلاً خطأ، ثم قطعت يد العبد، ثم قتل آخر خطأ يسلم أرش يده لأولياء الجناية الأولى لما مر، ثم يدفع العبد فيكون بين ولي الجنابتين على تسعة وثلاثين جزءاً إن كانت قيمة العبد ألفاً؛ لأن الأول استوفى خمسمائة، فيكون ذلك جزءاً من عشرين جزءاً من الذية، بقي حقه في تسعة عشر، وحق الآخر في عشرين.

رجل قطع أذني عبد، أو أنفه، أو حلق لحيته ولم يثبت فعله ما نقصه؛ لأنه مال هذا إذا لم يرده عليه، ولو دفع العبد إليه يأخذ من القيمة ثانياً، ولو ادعى المولى أن القطع كان قبل جنائته، وادعى ولي الجناية أنه كان بعد جنائته قالقول: قول المولى؛ لأنه ينكر استحقاق الأرض عليه.

رجل فقا عيني^(٣) رجل^(٤)، ثم جاء رجل، وقطع يده على فاقه العيسين ما نقصه، وعلى قاطع اليد نصف قيمة مفقوء العينين، ولو قطع يد^(٥) مدبر، أو رجله غرم ما نقصه؛ لأنه تعذر إيجاب كمال الذية، كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملكه فأوجبنا نقصان.

وأما فيما يصير المولى مختاراً للفداء وفيما لا يصير:

إذا أخرج المولى العبد الجاني عن ملكه بأن باعه، أو أعتقه، أو دبره، أو استولد الأمة، وهو يعلم بالجنابة، فهو مختار للفداء؛ لأنه منع الدفع، ولو أقر به لغيره في رواية: يصير مختاراً؛ لأنه جعله لغيره كما لو باع وفي رواية: لا يصير مختاراً؛ لأنه لم يفوت الدفع فإن المقر له مخاطب بالدفع، وإن لم يكن عالماً بالجنابة ضمن القيمة، ولم يكن مختاراً؛ لأن الاختيار بدون العلم لا يكون، وكذلك إن كانت الحصة فيما دون النفس، وهو يعلم، فهو مختار للأرض وإن لم يعلم فعله الأقل من قيمته ومن الأرض، ولو هب العبد المجني عليه فلا شيء على المولى؛ لأنه ملكه بدون العوص فتبقى الجناية متعلقة به كما في الدفع بالجنابة وإن باعه يكون مختاراً؛ لأن البدل أقيم مقامه ملكاً، فصار

(٣) في «د»: عس.

(٤) في «د»: عد.

(٥) في «د»: بد.

(١) في «د»: بالجناية.

(٢) في «د»: موجبها، وفي «د»: موجبها، وقد

أثبتنا الأول

كان المبد قائم وقد عجز عن دفعه بصحة.

ولو أمر المولى المجني بالإعتاق، فأعتقه، صار المولى مختاراً إن كان عالماً بالحياة، لأن فعل المأمور مضاف إليه، ولو ضربه ضرباً بقصه، وهو يعلم بالحياة، فهو مختار؛ لأنه حبس منه جزءاً، وإن كان لا يعلم، فعليه الأقر من قيمته، ومن أرض^(١) الجناية^(٢) إلا أن يرضى وليّ الدم بأن يأخذه ناقصاً، فيأخذه، ويجعل كأن النقص حصل بأفة سماوية.

ولو ضرب المولى عينه، فابيضت، وهو عالم به، ثم ذهب البياض قبل أن يخاصه فيه، فله أن يدفع أو يفدي؛ لأن النقص قد ارتفع، وصار كأن لم يكن، ولو خوصم حالة البياض، فضممه القاضي الذية، ثم زال البياض لا يرد القضاء؛ لأن الذية تعينت بالقضاء، ولو استخدمه بعد العلم بالجناية، فعطب فيه^(٣) فلا ضمان عليه؛ لأن الاستخدام لا يختص بالملك، فلا يكون اختياراً، وكذلك لو كان عليه دين، فاستخدمه المولى لم يضمن للغيراء، وكذلك إذا كانت أمة، فوطئها؛ لأن وطء الثيب في الملك لا يوجب نقصاً، وإن علفت، فهو مختار لما مر. وإن كانت بكرأ فهو مختار لأجل النقص، ولو أجر أو رهس لم يكن مختاراً وتنقص الإجارة لقيام العذر، وفي بعض الروايات: أنه يكون مختاراً في الزمن والإجارة؛ لأنه جعل يد الملك للغير، ولو أذن له في التجارة، فركبه دين لم يصير مختاراً؛ لأن الإذن لا يمنع الدفع، لكن الذين لما تعلق بالرقبة ثبت الشغل مضافاً إلى إذن المولى، فلولي الجناية أن يضمه القيمة.

ولو كاتبه، وهو لا يعلم، فإن خوصم وقضى القاضي بالذية، ثم عجز لم يرتفع القضاء؛ لأن القاضي عين الذية بناء على سب صحيح، وهو العجز، وإن لم يخاصم حتى عجز؟ له أن يدفع؛ لأن العجز بعد لم يتأكد، ولو باع بيعاً فاسداً، وتسلم، فهو مختار؛ لأنه أزال ملكه، وكذلك لو كانت كتابة فاسدة؛ لأنه علق عتقه بأداء البدل، وكذا لو باع بشرط الخيار للمشتري؛ لأنه أزال الملك، ولو كان الخيار له لا يكون مختاراً؛ لأن الملك لم يزل، وكذا لو عرضه على بيع

ولو باع^(٤) بيعاً^(٥) باتاً، وهو غير عالم به ولم يخاصم فيها، حتى ردّ العبد إليه ببيع بقضاء، أو خيار رؤية، أو خيار^(٦) شرط، فله الخيار؛ لأن الاختيار بدون العلم لا يكون العقد قد انتقض من الأصل، وذكر في الأصل أن التزويج لا يكون اختياراً.

ولو قال لعبيده: إن قتل فلاناً، فأنت حر، فقتله، فهو مختار؛ لأنه علق العتق بحالة^(٧) استحقاق الدفع، فإذا ثبت جعل مختاراً.

جارية حامل، جنت جنابة، فأعتق المولى ما في بطنها، وهو عالم بالحياة، صار

(١) في «د»: الأرض.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: به.

(٤) في «د»: باعه.

(٥) في «د»: ساقطة.

(٦) في «د»: ساقطة.

(٧) في «د»: حالة.

مختاراً للفداء إلا أنه^(١) لا يمكنه دفعها في الحال.

ولو أعتق وهو لا يعلم بالجناية، فإن جاء الطلب، وهي حامل، فله الخيار إن شاء ضمن المولى قيمتها حاملاً، وإن شاء أخذها حاملاً بجنايتها، فكانت له والولد حراً، وإن جاء بعد ما ولدت، فالمولى بالخيار إن شاء دفع، وإن شاء فدى، ولا سبيل له على الولد. جارية بين رجلين جاءت بولد فجنى الولد جناية، فادعى أحدهما أنه^(٢) علم بالجناية، فعليه الدية؛ لأنه مختار للفداء، وإن لم يعلم فعليه القيمة، وكذلك لو باع جارية، فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر، فجنى الولد جناية، ثم ادعاه البائع، وهو يعلم بالجناية، فعليه الدية؛ لأنه استهلكه بالدعوى، وهذا كله قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

وأما فيما يجب بالجناية على الجنين:

رجل ضرب بطن امرأة حبلى بسكين، فأصاب يد الولد فقطعهما^(٣)، فولدته^(٤) مقطوع اليد يصمن الدية على العاقلة؛ لأنه قطع حطاً.

رجل اشترى أمة حاملاً، ولم يقبضها حتى أعتق ما في بطنها، ثم ضرب إنسان بطنها، فألقت جيناً ميتاً، فالمشتري بالخيار: إن شاء أخذ الأمة بجميع الثمن؛ لأنه باعها له بذلك، وأتبع الجنين بالأرض، وهو حر؛ لأنه أعتقه، وإن شاء فسخ البيع في الأمة؛ لأنها أسقطت في يد البائع، ولزمه الولد بحصته من الثمن؛ لأنه اشتراها وهي حامل، ولو كان للجنين أب حر كان أرض الجنين لو ولد؛ لأنه عصيته، ولا شيء للمشتري منه.

امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمداً، فألقت جيناً حياً، ثم مات، فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين إن كان لها عاقلة، وإن لم يكن فذلك في مالها، وذلك للأب إن لم يكن له وارث آخر، ولا يرث منه شيئاً، وعليها الكفارة، ولو [ألقت]^(٥) جيناً ميتاً تجب العرة على العاقلة في سنة واحدة.

والغرة: عبداً أو أمة يعدل خمسمائة درهم، ذكراً كان أو أنثى، ولو كان الشرب لأجل إصلاح البدن، فلا شيء عليها، ولا يرث منه.

ومن ضرب امرأة فألقت جيناً ميتاً، كان عليه خمسمائة درهم لما روي في الحديث^(٦) قبل هذا، فإن مات بعدما خرج حياً كان فيه دية كاملة، بخلاف ما إذا انفصل ميتاً؛ لأنه اعتبر نفساً في حق غيره من حقوق العباد، واعتبر فيما هو حق الجنين وحق الله تعالى عضواً؛ ولو قتل الأم، وخرج الجنين بعد ذلك ميتاً لم يغرم إلا دية الأم^(٧)؛ لأننا لو حسبنا والقياس لقلنا: لأنه لا يجب في الجنين شيء؛ لأنه وقع الشك في حياته، نكر عرفاً

(٥) في «أ» ساقطة، وفي «د»

(٦) في «د» من.

(٧) في «أ» الأب، وقد أثبتنا في «د»

(١) في «د»: لأنه.

(٢) في «د»: أن.

(٣) في «د»: فقطع.

(٤) الصير يعود على الولد كما هو مصرح به في «د».

وحوب الغرة^(١) في الجنين إذا انفصل مبناً حال حياة الأم بالنص، والنص الوارد ثمة لا يكون وارداً هنا؛ لأنّ هنا يمكن الشك من وجهين: أحدهما: أنّه لم تنفخ فيه الروح، والثاني: أنّه إن نفخ مات بسبب انقطاع الغذاء لا^(٢) بالصرب، وثمة من وحه واحد، ولو مات بعدما خرج فعليه^(٣) دية أخرى؛ لأنّه قتل نفساً أخرى.

ولو ضرب بطن حرة، فألقت جيناً، قد استبان بعض حلقه، ففيه ما في الحبين [التم]^(٤)؛ لأن اسم الجنين ينطلق عليه، ولا كفارة على الصارب إلا أن يشاء ذلك، واستغفر ممّا صم. والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث

في معرفة المدة التي يؤجل إليها نبت اللحية، وشعر

الرأس بعد الحلق، والسن بعد القلع إلخ

ولو حلق لحيته إنسان أو رأسه [ولم ينبت]^(٥) فإنه يؤجل سنة، فإن مات الضبي قبل نبات اللحية أو شعر الرأس [أو السن]^(٦) قبل مضي السنة، فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لا شيء عليه، وقال^(٧): فيه حكومة عدل، وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن من قلع سن إنسان بالغ لا يؤجل إنما ذلك في سن الضبي؛ لأنّ النبات بعد القلع عادة إنما يكون في الصبيان لا في البالغ اعتباراً بالسقوط.

ولو ضرب سن رجل، فتحرك، انتظر به حولاً [لما]^(٨) روي عن النبي ﷺ أنّه قال: *يُجَنُّ ضَرْبَ سِنٍ رَجُلٍ: أَنَّهُ يُسْتَأْنَى حَوْلًا، فَإِنْ اسْوَدَّ أَوْ اخْضَرَّ أَوْ احْمَرَّ أَوْ سَقَطَ كَانَ فِيهِ أَرَشٌ كَامِلًا*؛ لأنّه نبت الجمال على الكمال، ولو اصفّر كان فيه حكومة^(٩) عدل، واختلف المشايخ فيه. قال بعضهم: يجب كمال الأرض، كما لو^(١٠) اسودَّ أو احمرَّ أو اخضر، وقال بعضهم: تجب حكومة عدل، وهو الصحيح؛ لأنّه لم يفوت حسن منفعة السن، ولا يفوت الجمال على الكمال؛ لأنّ الصفرة قد تكون أصلاً في الأسنان^(١١) في بعض الناس، لكن أوجب نقصاناً في جماله فتجب حكومة العدل؛ لأنّه أوجب نقصاناً في الجمال، وأمّا السواد والحمرة والخضرة لا تكون لون الأسنان أصلاً، فيكون تفويت الكمال على الكمال.

وقال بعض المشايخ: إنما يجب كمال الأرض بالاسوداد إن كان السن من الأسنان

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في «د»: العرم. | (٧) في «أ»: وقال، وفي «د»: وقال، وقد أثبتنا الأخير |
| (٢) في «د»: إلا. | (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٣) في «د»: فقيه. | (٩) في «د»: حكومة. وفي «أ»: حكم وأثبتنا نصاً ما هي «د». |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١٠) في «د»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | (١١) في «د»: للإنسان. |
| (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | |

التي^(١) ترى؛ لأنه فات الجمال على الكمال. أما إذا كان السن من الأصراس التي^(٢) لا ترى إن فات منفعة المضغ بالأسوداد يجب كمال الأرض أيضاً، وإن لم يصب تجب حكومة العدل، ولو اختلفا كان القول: قول المصروب أنه أسود من ضربه.

ولو شج موضحة، فصارت متقلة، فاختلفاً كان القول: قول الضارب أنها لم تصر منفلة، والفرق: وهو أن الشرع شرع الاستثناء في تحريك السن لفائدة، وهو: أن يشتد السن في مدة الاستثناء^(٣)، فلا يجب شيء أو يسوة أو يسقط، فيجب الأرض؛ لأن تحريك السن متى يولد التغير والسقوط، فلم يجعل القول: قول المصروب^(٤) في التنبير والسقوط تبطل فائدة الاستثناء؛ لأنه لا يتمكن المصروب من^(٥) إثبات ما ادعى من التميز والسقوط بالبيئة، وأما في الشجة لو جعلنا القول: قول الشاح لا تبطل فائدة الاستثناء؛ لأن فائدة الاستثناء في الشجة أن يبرأ في هذه المدة، أو يموت منها إلا أن يبرأ، أو تصير مقلة؛ لأن قطع اللحم والجلد لا يولد كسر العظم، فصار وزان مسألتنا من مسألة الشج: أن المشجوج إذا قرب إلى الموت، فقال: لموت من شجتك، وقال الشاح: لا بل من شجة أخرى، كان القول: قول المشجوج أيضاً، كيلا تبطل فائدة مدة^(٦) الاستثناء، ولو ثبت سنه لم يضمن إن ثبت سنًا صحيحاً؛ لأن الصناد لا يجب بدلاً عن السن الساقط؛ لأنه لا قيمة له^(٧) إنما يجب بتقويت المنفعة أو الجمال، وقد عادت المنفعة والجمال فارتفع السبب الموجب للضمنان، فلا يجب الضمان، وإن ثبت سوداء صمن؛ لأنه ما ارتفع السبب الموجب للضمنان.

ولو قلع الرجل سن رجل فأنبته مكانه غرم الأرض إن كان خطأ، وكذا الأذن؛ لأنه لا يعود إلى حالتها الأولى في المنفعة والجمال؛ لأن المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق غالباً، فيكون [وجوداً]^(٨) هذا الإثبات وعدمه بمنزلة حتى لو تصور عود^(٩) المنفعة والجمال بالإثبات لم يكن عليه شيء، كما لو ثبت سن آخر.

رجل حلق شعر كتف دابة، أو نتف دنيها، فإنه يؤجل سنة كما في شعر آدمي، فإن ثبت وإلا يقوم مع^(١٠) الشعر، ومن غير الشعر، فيرجع بنقصان ما بينهما.

وأما فيما تجب حكومة العدل [وفيما لا تجب]^(١١):

أرجل طمن رجلاً في أذنه فخرج من الأخرى ففيه حكومة عدل^(١٢). ولو طمنه في فمه فخرج من الدماغ حتى تغذت منه، ففي الفم إلى الدماغ حكومة عدل؛ لأنه ليس له أرش مقدر، ومن الدماغ إلى أن تغذت منه^(١٣) فهي آمة، وفيها دية مقدرة، وهو ثلث الدية.

(٨) في هـ: ساقطة.

(٩) في هـ: عدد.

(١٠) في هـ: مقام.

(١١) في هـ: ساقطة، وهي في هـ.

(١٢) في هـ: ساقطة، وهي في هـ.

(١٣) في هـ: ساقطة.

(١) في هـ: الذي.

(٢) في هـ: الذي.

(٣) في هـ: الاستثناء.

(٤) في هـ: المصروب وهو تصحيح.

(٥) في هـ: ساقطة.

(٦) في هـ: ساقطة.

(٧) في هـ: لها.

ولو رماه في عينه فأنفذها في القفا، ففي عينه نصف الذبة، وعليه حكومة عدل، وإن أصاب الدماغ ونفذ منه، فعليه في العين نصف الذبة إلى أن يصل الدماغ، ففيها حكومة عدل، وفي الدماغ إذا نفذت ففيها ثلث الذبة.

ولو حلق رأس إنسان بغير إذنه، فنبت شعر أبيض والمحلق رأسه حر، وهو شارب فلا شيء عليه في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: فيه حكومة عدل، وإن كان عبداً، ففيه حكومة عدل.

رجل قطع ذكر إنسان، ثم أنثيه، ففيهما ديتان، ولو^(١) قطع أنثيه، ثم ذكره، ففي الأنثيين: الذبة، وفي الذكر: حكومة عدل؛ لأنهما عضوان، ولكل واحد منهما منفعة على حدة؛ فإن منفعة الذكر: الإحبال، ومنفعة [الخصية]^(٢) الإنزال، وأنها لا تفوت بقلع الذكر، وفي الوجه الثاني: لأنه فات منفعة الإحبال بقطع الأنثيين، ولا قصاص في شيء من العظام^(٣) [إلا في السن]^(٤) لقوله عليه الصلاة والسلام^(٥): لا قصاص في كسر العظام؛ إلا أن السن مما يمكن اعتبار المماثلة فيه، ولهذا خص من بين سائر العظام وإن كسر بعض أخذ من الكاسر مثلما كسر، فإن قلع لم يقطع منه، ولكن يؤخذ بالمبرد إلى أن ينتهي إلى اللحم، ويسقط ما سواه، وفي لسان الأخرس: حكومة عدل، وفي ذكر الخصي والعنبر والعين القائمة الذاهب نورها والسن السوداء واليد والرجل الشلاء حكومة عدل^(٦)؛ لأنه لم يفوت جمالاً ظاهراً على الكمال، ولا جنس منفعة على الكمال؛ لأن تمام الجماع بالإنزال، وإذا من الحصى لا يتصور، فلا يجب كمال الذبة، فتجب حكومة عدل، وتفسر حكومة العدل: قد ذكرناه في فصل الشجاج.

وأما معرفة العاقلة، وكيفية وجوب الذبة على العاقلة، ومراقبتها إلى آخره:

القاتل إذا كان له ديوان، فعاقلته أهل ديوانه إن كان غازياً، وله ديوان فعاقلته من كان في ديوان الغزاة وإن كان كاتباً؛ فعاقلته من كان في ديوان الكتاب إن كانوا يتماصرون فيها^(٧)، وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته أنصاره، فإن كانت نصرته بالمحال والنزوب فعقله عليهم، وإن كانت نصرته بالحرف فعلى المحترفين الذين هم أبصاره كالقصارين والصفارين بسرقة والأساكفة بأسبيجات، وإن لم تكن له عاقلة كاللقيط والحربي والدمي إذا أسلم، فإن عاقلته بيت المال. هذا إذا أسلم ولم يوال [أحداً]^(٨). أما إذا عقد مع^(٩) أحد عقد الولاء فجنايته على مولاه الذي عاقده، ووالاه، وله أن يتحول بولاية إلى غيره ما لم يحقل عنه، وأما إذا عقل عنه فليس له أن يتحول، وكذا لو لم يوال أحداً حتى عقل عنه بيت

(١) في «د»: ولو.
(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: الطعام، وهو تصحيب.
(٤) في «د»: ساقطة، وهي زيادة في «د».
(٥) في «د»: لما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال.
(٦) في «د»: الحكومة؛ أي حكومة عدل كما هو أعلاه.
(٧) في «د»: بها.
(٨) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٩) في «د»: ساقطة.

المال، فليس له أن يوالي أحداً بعد ذلك، فإن كان عاقلة فأجحف بهم، فإن أجحف بهم، بأن كان نصيب كل واحد منهم أكثر من أربعة دراهم يضم إليهم أقرب الذواوين إلى هذا الذويان، فإن لم يكن للقاتل ديوان بأن كان من أهل البادية وجبت الذية على الأقرب، فالأقرب من عشيرته من قوم الأب، فإن أجحف بهم يضم إليهم أقرب القبائل إليهم من النسب من الأفاخذ والبطون، فإن صم لم يتف الإجحاف بأن لم يبق من عشيرته أحد، هل تعتبر المحال؟ فيه^(١) كلام، وإن لم يتف الإجحاف بهذا.

رحل لا عاقلة له في الباقي، فيكون الباقي في بيت المال في ظاهر الزواية، وفي رواية: في ماله، كما لو لم تكن له عاقلة أصلاً، والمختار: هو الزواية الأولى، وقالوا: هذا إذا كان القاتل عربياً؛ لأن العرب حفظوا أنسابهم، فأمكن لإيجاب العقل على عشيرته وقبيلته، فأما إذا كان القاتل أعجمياً، ولا ديوان له، بأن [لم]^(٢) يكن له ديوان ولا من مصر فيه ديوان للمقاتلة ولا عشيرة له، أو كان وقد أجحف بهم. اختلفوا فيه. منهم من قال: بعثر في ذلك المحال والقرى^(٣) الأقرب [فالأقرب]^(٤)، وهذا غير سديد، بل تكون المسألة على الزوايتين أنها تجب في بيت المال، أو ماله.

إذا ثبت هذا الترتيب، فنقول: لا تعقل مدينة عن مدينة؛ لأن العقل إنما [يبنى]^(٥) على الناصر، واليد الواحدة، وأهل [مدينة]^(٦) تنتصر بأهل ديوان مدينته، وأهل ديوان المدينة يعقلون عن أهل المدينة، وعن أهل القرى سواء كان القاتل من أهل الذويان أو لم يكن؛ لأن العقل إنما يجب على أهل نصرة القاتل من المقاتلة، وأهل نصرة أهل المدينة وقراهم ممن لا ديوان لهم أهل ديوان المدينة من المقاتلة، فيكون العقل عليهم، ومن كان من أهل المدينة لا ديوان له تعاقلوا على أقربهم نسباً؛ لأن الذية في الابتداء كانت على العشيرة من قبل الأب الأقرب فالأقرب، إلا أنها تعقلت^(٧) إلى الذويان لكونهم أحق بالنصرة فإذا فقد الذويان أصلاً بأن لم يكن له ديوان ولا [هو]^(٨) من مصر فيه ديوان للمقاتلة وجب على كل^(٩) من كان يجب عليه^(١٠) في الابتداء، ومن لم يكن له عاقلة ضمن في ماله، لأنه المعترف بالقتل ضمن في ماله لتعذر الإيجاب على العاقلة، فالذي لا عاقلة له أولى، وهذا في رواية. وفي ظاهر الزواية: يجب في مال بيت المال.

ولا يعقل كافر عن مسلم، ولا مسلم عن كافر؛ لأن العقل يبنى على الناصر، ولا ناصر بينهما لاختلافهما في الدين، ومن كان ديوانه على قوم، فلم يقض حتى حول ديوانه^(١١) إلى قوم آخرين قصى على الآخرين ولم يقض على الأولين؛ لأن عاقلته يوم القضاء الآخرين،

- | | |
|---|---|
| (١) في «أ»، فقيه. | (٧) في «د»، عقلت. |
| (٢) في «أ»، ساقطة. | (٨) في «أ»، ساقطة. وهي في «د». |
| (٣) في «د»، والقرى غير موجودة وهي في «أ». | (٩) في «د»، ساقطة. |
| (٤) في «أ»، ساقطة. وهي في «د». | (١٠) في «د»، ساقطة. |
| (٥) في «أ»، ساقطة. وهي في «د». | (١١) في «أ»، ديه، وفي «د» ديوانه. وقد أثبت الأخيرة. |
| (٦) في «أ»، ساقطة. وهي في «د». | |

والذية إنما تجب على العاقلة من وقت الفضا، فيعتر وقت الفضا ولو قضى ثم حوّل إلى فوه آخرين، أو كانت عاقلته الكوفة، فقضى عليهم، ثم تحول عنهم إلى البصرة، فالفضا على من قضى عليهم^(١) لم يبطل عنهم، تنظر في ذلك كله يوم قضى بالذية، ولا يتحول بتحويله إلى مدينة أخرى؛ لأن الذية وجبت على العاقلة بالفضا، فلو تحول إلى غيرهم احتجج إلى نفذ الأول والفضا متى صح لا ينقض ما لم يظهر الخطأ، ولو يظهر.

ولو أمر رجل^(٢) صياً بقتل رجل يضمن^(٣) عاقلة الضبي؛ لأن هذا صي قتل رجل، والضبي متى قتل رجلاً عمداً أو خطأ، تجب الذية على عاقلته، ثم ترجع عاقلة الضبي^(٤) على عاقلة الرجل لما ذكرنا قبل هذا أن الأمر قد صح. وإن صادف ملك الغير إذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر، وهنا الضبي لم يعلم بفساد هذا الأمر لتقصان عقله؛ لأنه لا يعرف الحل والحرم، فصح الأمر فيما بين الأمر والمأمور ومنى صح ولحق المأمور ضمان فيما عمل كان إقرار ذلك الضمان على الأمر [ومتى رجعوا، رجعوا مؤجلاً في ثلاث سنين؛ لأنه متى صح الأمر^(٥)، صار الأمر قاتلاً له حكماً، ولو قتل حقيقة [تجب^(٦)] الذية على عاقلته مؤجلاً، ولو كان الأب عبداً من قبيلة والأم^(٧) حرة من قبيلة أخرى، فجنى، ولم ينص حتى عتق الأب جزّ ولاه وكانت الذية على عاقلة الأم، ولا يرجع بها.

رجل أسلم على يد رجل، ولا عشيرة له في دار الإسلام، فجنى جنابة وكان والاه وعاقده، فقضى عليه أو لم يقض، ثم اشتراه أبوه وأعتق جزّ ولاه ولده، والذية على عاقلة مولى الموالاة، ولا يرجع بها؛ لأن هذا الولاء حدث بعد الجنابة، فيقضي بها عاقلة بوه الجنابة وذلك مولى الموالاة.

ولو أسلم ولم يوال أحد حتى قتل رجلاً خطأ، ثم والى رجلاً وعاقده، ثم قتل^(٨) آخر كانت الذيتان على بيت المال، ويبطل ولاؤه الذي والاه؛ لأنه لما أسلم وليس له عشيرة في الإسلام ثبت ولاؤه لبيت المال حكماً، ولو ثبت ولاؤه لإنسان قصداً بالعمد، وجنى جنابة حتى وجب العقل عليه، ثم أراد أن يتحول بولاية عنه إلى غيره قبل الفضا بالذية لم يكن له ذلك، فكذا إذا ثبت لبيت المال حكماً، وإذا ثبت هذا فنقول:

وفي الشهم والحجر كجنابة بتحقيقه في أنه لو والى رجلاً قبل الإصابة، ثم أصاب بطلت موالاته وكانت على بيت المال؛ لأن علة الإصابة قد تحققت والإصابة حكمها، فصارت الإصابة بحكم وجود علتها كالمتحقق.

ولو حفر بئراً، ثم والى رجلاً، ثم وقع في البئر رجل كانت دينته في ماله، ولا يصح

(١) في «د»: ساقطة. (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
 (٢) في «أ»: رجلاً ولعل ما في «د»: أصح. (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د».
 (٣) في «د»: صحت. (٧) في «أ»: والأم، وهو نصيب، والشتا «م»
 (٤) في «د»: عاقلته أي: عاقلة الضبي كما هو «د»
 (٨) في «د»: ساقطة

مولاه ولا بيت المال؛ لأن في الحفر لم تتحقق الجناية لا حقيقة ولا حكماً، لأن الحفر ليس بعدة الوقوع فصار عاقداً الموالاة قبل الجناية حقيقة وحكماً، فصحت الموالاة، وتحول الولاء عن بيت المال بهذا، فإذا وقع صار قاتلاً، وله ولي فلا تكون الذية في بيت المال، وقد تعذر إيجاب العقل على عاقلة مولى الموالاة أيضاً؛ لأن المحافر إنما يصير قاتلاً للدفاع وقت الوقوع لكن بالحفر السابق، فلكونه قاتلاً وقت الوقوع تعذر الإيجاب على بيت المال، لأن له ولياً في تلك الحالة ولكونه قاتلاً بالحفر السابق تعذر الإيجاب على عاقلة مولى الموالاة؛ لأن هذا الولاء حدث بعد الجناية، فإذا تعذر الإيجاب وجبت في ماله، بخلاف الرمي؛ لأن بالرمي صار قاتلاً من حين وجود الرمي بعينه؛ لأن الرمي عليه الإصابة، فالإصابة حكمه فتنين أنه قاتل معنى قبل عقد الموالاة، فلم يصح عقد الموالاة، فوجب الذية في بيت المال.

رجل أسلم صار مولى لبيت المال، وله أن يتحول لولائه ما لم يعقل عنه بيت المال؛ لأن ولأه الموالاة ليس بلازم ما لم يعقل عنه المولى، وينفس الحفر لم يصير قاتلاً؛ فلم يجب العقل على بيت المال، فله أن يتحول فإذا وجب العقل بأن وقع في البشر إنسان ليس له أن يتحول لولائه، وكذلك لو والى رجلاً، ثم قتل رجلاً خطأ ثم تحول عنه قبل أن يعقل كانت على الأول، ولو حفر كانت عليه خاصة في ماله إذا تحول عنه إلى غيره بعد الحفر، ثم وقع تحجب في ماله، ولا يجب على عاقلة موالى الأول، ولا على عاقلة الثاني الذي تحول إليه لما قلنا في بيت المال.

ولو حفرت امرأة من بني تميم ثم ارتدت فسييت واشتراها رجل من همدان فأعتقها ثم وقع في البئر رجل ضمن بنو تميم؛ لأن عاقلتها حين حفرت بنو تميم بحكم النسب لم يبطل بحدوث العتق فبقي بنو تميم عاقلة لها فمتى وجبت الذية عند الوقوع بالحفر كانت على عاقلته وهو أقاربها بخلاف ولأه بيت المال وولأه الموالاة الأولى انفسخت بالموالاة الثانية فمتى وجبت الذية عند الوقوع بالحفر لم يجب على مولى الأم ولو قضى بدية على أهل الديوان ووجب الأداء وهو من أهل الديوان.

ولو قضى القاضي على المقر في ماله ثم قامت بيته على عاقلته، لم يقض عاقلته وإن ظهر للقاضي في الانتهاء ما لو ظهر في الابتداء قضى على عاقلته؛ لأن القياس أن يكون في مال الجاني تركنا القياس بالشرع والشرع إنما أوجب الذية على العاقلة إذا لم يقصر بالمال على القاتل هذا إذا أقر القاتل وقضى عليه بالذية في ماله، وأما إذا أقر وأقره ولي الجاية البيته قبل القضاء قضى بالذية على عاقلته؛ لأن إقراره لم يمنع قبول البيته؛ لأن لإقرار إنما يمنع قبول البيته؛ لأنها لا تفيد إلا ما أناده الإقرار. وهنا مفيد، فإن كان ولي الجاية للقاضي: لا تعجل بالقضاء في ماله لعل أجد بيته فأخر القاضي ثم وحد بيته فمضى بها على العاقلة؛ لأنه أقام البيته قبل القضاء بالذية في ماله، ولو قضى بالذية بالإبل عنهم ثم جعل عطاياهم دراهم أخذت قيمة الإبل من دراهم؛ لأن الإبل وحيث دبتاً في دمنهم

بالقضاء فعليهم^(١) إيفاء الإبل أو قيمة الإبل، ولو لم يقض بالإبل حتى حصل عطاياهم دراهم، قضى بالتراهم دون الإبل [في عطاياهم]^(٢)؛ لأن الذبة لم تصرف ديناً عليهم من يوم واحد؛ لأنها إنما تصير ديناً عند القضاء، وقد طهر لهم العطاء عند القضاء فكان إيجار الذبة في العطاء أولى؛ لأنها أخف، والعطاء دراهم، فوجب القضاء بالتراهم في عطاياهم. ولو قتل رجلاً خطأ فمضت سنون، ثم قضى القاضي كانت الذبة على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء في كل عطاء ثلثها.

أما الوجوب في ثلاث سنين، فلأن النبي عليه الصلاة والسلام: «جَعَلَ قَتْلَ الْخَطَا عَلَى الْعَاقِلَةِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ» وعمر رضي الله تعالى عنه: «فَرَضَ الْعَقْلَ عَلَى أَهْلِ الدِّيَّانِ فِي ثَلَاثِ عَطَايَا» وكانت تخرج كل عطية في كل عام، وأما الوجوب في العطايا: فلما روينا من حديث عمر رضي الله تعالى عنه؛ ولأن الذبة لما وجبت على العاقلة تخفيفاً على الجاني^(٣)؛ فلأن تجب على العاقلة^(٤) في عطاياهم تخفيفاً للعاقلة كان أولى، وأما الأجل فيعتبر من وقت القضاء لما مر، وإن خرج بعد انقضاء شهر عطاء قضى فيه ثلثها؛ لأن الذبة على العاقلة^(٥) إذا كانوا من أهل العطاء تجب في عطاياهم في كل عطاء الثلث، وإنما يؤجل^(٦) بثلاث سنين لخروج العطايا الثلاث في ثلاث سنين، فإذا تعجل العطاء، نعمل ما كان وجوبه فيه.

وإن عجل لهم عطاياهم الثلاث بمرة واحدة، قضى بالذبة في ساعة واحدة؛ لأنه لما تعجل عطاياهم^(٧) ثلاث سنين تعجل^(٨) ما كان وجوبه فيه، ولو خرج لهم عطايا سنة قبل القضاء بالذبة لم يقض عليهم بالذبة فيها ويقضي فيما^(٩) يستقبل من العطايا؛ لأن حق المقنول قبل القضاء في النفس؛ لأنه أقرب إلى موافقة القياس لكن في حق حكم آخر وهو النقل من النفس إلى المال بالقضاء، ولهذا لا^(١٠) يعتبر الأجل من وقت القضاء، وإنما يصير منقولاً إلى المال بالقضاء فيتعلق بالمال الذي يخرج بعد القضاء لا في الأعطية الماضية قبل القضاء، وإن خرج لكل^(١١) سنة أشهر وجب فيه سدس الذبة، وإن خرج في كل أربعة أشهر وجب فيه ثلث الذبة، فقص عليه لما قلنا.

وإن كان للعاقلة أرزاق في كل شهر، وعطاء في كل سنة يقضي بثلاث الذبة في العطايا، فإن لم يكن لهم عطايا إلا الأرزاق قضى في كل رزق يحصته، لأن عمر رضي الله تعالى عنه افترض الذبة في العطايا فمتى كانت العاقلة من أصحاب رزق لا من أصحاب

- | | |
|---------------------------------|---|
| (١) في «د»: غير موجودة. | (٧) في «د»: عطايا. |
| (٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د». | (٨) في «د»: يتسجل. |
| (٣) في «د»: للجاني. | (٩) في «د»: فيما وفي «د»: لما وقد أثبت الأول. |
| (٤) في «د»: على العاقلة: ساقطة. | (١٠) في «د»: ساقطة. |
| (٥) في «د»: ساقطة. | (١١) في «د»: الكل. |
| (٦) في «د»: أجل. | |

العطايا قام الرزق في حقهم مقام العطايا؛ لأن عمر رصي الله تعالى عنه^(١) إنما مرص في العطايا في حق من كان أهلاً للعطاء في ثلاث سنين؛ لأن فرض الذبة في المعاء أخف عليهم من مال اكتسبوه بكذ أنفسهم. هذا المعنى موحود في الرزق في حق أصحاب الرزق متى كانوا أصحاب الرزق وأصحاب العطاء كان العرض في العطاء أولى؛ لأن العرض في العطاء أخف؛ لأن الرزق اسم لما يفرض للإنسان في مال بيت المال مقدر بالحاجة ما يحتاج إليه في كل يوم أو كل شهر والعطاء ما يفرض في كل سنة بقدر عاية في باب الذب لا بقدر الحاجة، فكان الفرض في مال فاضل عن الحاجة أخف. هذا إذا كان القاتل من أهل الديوان حتى كان عاقلته أهل ديوانه ومن لم يكن له ديوان قضى على عاقلته؛ لأن النبي عليه أفضل الصلاة وأتم السلام: «قضى بالذبة على العاقلة» وتكون عاقلته عشرين من قبل الأب الأقرب فالأقرب لما ذكرنا.

ويؤخذ من كل رجل ثلاثة دراهم أو أربعة دراهم، في كل سنة درهم أو درهم وثلاث دراهم ولا يؤخذ أكثر من أربعة دراهم، فإن زاد ضم إليهم أقرب القبائل؛ لأن وجوب الذبة على العاقلة كان باعتبار وجود^(٢) القتل منهم حكماً مواساة بالجاني، فيجب عليهم على وجه لا يؤدي إلى الإجحاف بهم، والكثير يؤدي والقليل: لا، فاحتجنا إلى الفاصل^(٣) وليس هنا نص يعلم به الفاصل^(٤) فرجعنا إلى الإجماع، وقد أجمع العلماء على وجوب ثلاثة دراهم أو أربعة، فلا توجب أكثر من ذلك، وقولنا: ضم إليهم أقرب القبائل: المراد منه: أقرب القبائل من النسب حتى لا يزداد الواجب على أربعة دراهم على كل واحد منهم، ثم يضم إليهم أقرب القبائل من النسب، ولا يضم إليهم أهل ديوان آخر؛ لأنه لا تناصر بينه وبين ديوان آخر لا باعتبار الديوان ولا باعتبار النسب. هذا هو الكلام في الأكثر. أما الأقل؛ غير مقدر؛ لأن المعنى الذي أوجب تقدير الأكثر ذلك المعنى لا^(٥) يوجب تقدير الأقل، وهو مواساة الجاني.

وأما كيفية الذبة:

قال أصحابنا رحمهم الله تعالى: دية الخطأ أخصاس: عشرون جذعة، وعشرون حقة^(٦)، وعشرون ابنة لبون، وعشرون ابنة مخاض، وعشرون ابن مخاض وهو قول عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه.

والذبة في قتل^(٧) الخطأ: مائة من الإبل من^(٨) أسنان مختلفة بإجماع الضعفة وصوره الله تعالى عليهم أجمعين.

واختلفوا في تلك الأسنان قال عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أخصاس:

- | | |
|------------------------------|------------------------------|
| (١) في ده: ساقطة، وهي في ده. | (٥) في ده: لم. |
| (٢) في ده: وجوب. | (٦) في ده: عشرون حقة. ساقطة. |
| (٣) في ده: الفاصل. | (٧) في ده: ساقطة. |
| (٤) في ده: الفاصل. | (٨) في ده: ساقطة. |

وقال علي رضي الله تعالى عنه: أرباعاً، خمسة وعشرون جذعة، وخمسة وعشرون حقة، وخمسة وعشرون ابنة لبون وخمسة وعشرون ابنة مخاض، وأصحابنا أخذوا بقول ابن مسعود؛ لأنه موافق لحديث النبي عليه الصلاة والسلام وهو ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال: «بِئْسَ الْخَطْلُ أَخْمَاسُ عَشْرُونَ ابْنَةً مَخَاضٍ». هذا بيان دية الخطأ المحض.

وأما الدية في شبه العمد، وهو: أن يضربه بالسوط أو بالعصا أو بالحجر الذي له حدة أو اليد؛ لأنه اجتمع في هذا الفعل معنى العمد باعتباره قصد الماعل، ومعنى الخطأ باعتبار عدم قصد القتل؛ لأن هذه الآلة آلة الضرب للتأديب دون القتل، فكان شبه العمد، فالدية فيه، قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: أرباعاً ليس فيها ابن مخاض خمسة وعشرون جذعة وخمسة وعشرون حقة، وخمسة وعشرون ابنة لبون، وخمسة وعشرون ابنة مخاض، وهذا^(١) قول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه، وقال محمد رحمه الله تعالى. تجب اثلاثاً: ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ما بين الشية إلى^(٢) ثالث عام كلها خلفه وهي الحامل وهو قول عمر رضي الله تعالى عنه. محمد رحمه الله تعالى أخذ بقول عمر رضي الله تعالى عنه ومن تابعه؛ لأنه موافق^(٣) حديث النبي ﷺ حيث قال: «أَلَا إِنَّ قَتِيلَ الْخَطْلِ الْعَمْدُ فَيُبَلِّ السُّوْطُ وَالْعَصَا فِيهِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعُونَ بَيْنَهَا خَلْفَةٌ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا». وأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى أخذوا بقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه؛ لأنه موافق حديث النبي ﷺ وهو^(٤) ما روي عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: «كَانَتْ الدِّيَةُ فِي^(٥) عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مِائَةً مِنَ الْإِبِلِ أَرْبَعَةَ أَسْنَانٍ خَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ حَقَّةً وَخَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ جَذَعَةً، وَخَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ ابْنَةً لُبُونٍ وَخَمْسَةٌ وَعَشْرُونَ ابْنَةً مَخَاضٍ، وَبِئْسَ الْوَرَقُ عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ، وَمِنْ الذَّهَبِ أَلْفٌ دِينَارٍ».

ودية الخطأ غير مشروعة أرباعاً علم أنه أراد بذلك شبه العمد، وما روي غير ثابت؛ لأن ما ذكره ﷺ عام حجة الوداع في خطبته بمحضر من الصحابة رصوا الله تعالى عليهم أجمعين، ولم يرو هذا الحديث إلا النعمان بن بشير وهو في ذلك الوقت كان في عداد الضبيان.

ثم الدية عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى من ثلاثة أنواع: من الإبل، والدرهم، والذئب، وللقائل خيار يؤدي أي نوع شاء، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: من ستة أنواع: من الشياه أيضاً ألفي شاة مستنة، ومن البقر مائتي بقرة، ومن الحلل مائتي حلة، والحلة اسم الثوبين، وفائدة هذا الخلاف تطهر فيما إذا صالح مع ولي القتل على أكثر من مائتي حلة. محمد رحمهما الله تعالى: احتج بما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه جَعَلَ عَلَى أَهْلِ الْإِبِلِ مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ، وَعَلَى أَهْلِ الْوَرَقِ عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ، وَعَلَى أَهْلِ الذَّهَبِ أَلْفٌ دِينَارٍ، وَعَلَى أَهْلِ نَعَمِ

(١) في «د»: وهو.

(٢) في «د»: سافطة.

(٣) في «د»: يوافق.

(٤) في «د»: ومي، وقد بينا ما في «د».

(٥) في «د»: على.

الَّذِي شَاءَ، وَعَلَى أَهْلِ الْبَقَرِ بِائْتِنِي نَقْرَةً، وَعَلَى أَهْلِ الْخُلَاحِ بِائْتِنِي خُلَّةً، وَالْمَقَادِيرُ لَا تَعْرِفُ بِالْقِيَاسِ، فَصَارَ كَالْمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ. وَأَبُو حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى يَقُولُ: إِنَّ الْقِيَاسَ يَأْتِي وَجُوبَ الذِّبَةِ مِنْ غَيْرِ الدَّرَاهِمِ وَالذَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّ الْأَدْمِيَّ حَيَوَانَ مَضْمُونٍ بِالْقِيَمَةِ، وَالْأَصْلُ فِي الْقِيَمَةِ الدَّرَاهِمُ وَالذَّنَانِيرُ، لَكِنْ تَرَكْنَا هَذَا الْقِيَاسَ فِي حَقِّ الْإِبِلِ مُتَّفَقًا الْأَخْبَارَ، وَلَا اتِّفَاقَ فِيهَا عَدَا الْإِبِلِ، وَحَدِيثَ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ جَعَلَ هَذِهِ الْأَنْوَاعَ الثَّلَاثَةَ بَدَلًا عَنْ النِّقَاسِ، كَالْإِبِلِ وَالذَّنَانِيرِ وَالذَّنَانِيرِ، وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ جَعَلَ قِيَمَةً وَبَدَلًا عَنْ الْإِبِلِ وَالذَّنَانِيرِ وَالذَّنَانِيرِ [حَالَةَ الْعَجْزِ عَنْ الْإِبِلِ] ^(١) وَذِي الْمَرْأَةِ نِصْفَ دِيَةِ الرَّجُلِ، وَكُنَّا فِيهَا دُونَ النَّفْسِ لَمَّا ذَكَرْنَا. أَوْ كُلِّ امْرَأَةٍ أَقِيمَتْ مَقَامَ نِصْفِ الرَّجُلِ.

وَدِيَةِ الذَّمِّيِّ مِثْلُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ لِقَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَإِنْ كُنَّا مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ يَشْتَرُ قَوْلُهُمْ مُسْلِمًا إِنَّكَ أَهْلِيهِمْ﴾ ^(٢) وَالْمُرَادُ مِنْهُ ^(٣) الذَّمِّيُّ.

اللَّهُ تَعَالَى أَوْجِبَ بِقَتْلِ الذَّمِّيِّ دِيَةَ مُطْلَقَةً مِثْلَهَا أَوْجِبَهَا فِي الْمُسْلِمِ، وَمُطْلَقُ الْأَسْمِ يَنْصَرِفُ إِلَى الْكَامِلِ، وَدِيَةِ الْكَامِلِ: عَشْرَةُ آلَافٍ دِرْهَمٍ وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فِيهِ مَالُهُ.

وَالْقَاتِلُ لَا يَخْلُو: إِمَّا أَنْ يَكُونَ مُسْلِمًا أَوْ ذَمِّيًّا، فَإِنْ كَانَ ذَمِّيًّا وَلَيْسَ لَهُ عَاقِلَةٌ عَلَى التَّغْيِيرِ الَّذِي عَرَفَ تَجِبَ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا ^(٤) فَفِي بَيْتِ الْمَالِ فِي ظَاهِرِ الزَّوَايَةِ؛ لِأَنَّ عَاقِلَتَهُ بَيْتَ الْمَالِ، فَكَانَ لَهُ عَاقِلَةٌ، وَرَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: أَنَّهُ يَجِبُ فِي مَالِهِ، فَعَلَى هَذِهِ الزَّوَايَةِ: سَوَى، وَعَلَى ظَاهِرِ الزَّوَايَةِ: فَرْقٌ، وَالْفَرْقُ: أَنَّ الْعَقْلَ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِ الْجَانِيِّ بِاعْتِبَارِ النَّصْرَةِ، وَمَتَى لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْلِمِ دِيَوَانٌ وَلَا قَرَابَةٌ، فَجَمَاعَةُ الْمُسْلِمِينَ أَهْلُ نَصْرَتِهِ، فَأَمَّا إِنْ جَاءَ عَقْلُهُ فِي بَيْتِ مَالِ الْمُسْلِمِينَ بِاعْتِبَارِ النَّصْرَةِ. هَذَا الْمَعْنَى فِي حَقِّ الذَّمِّيِّ مَعْدُومٌ فَإِذَا تَعَذَّرَ إِيْجَابُهُ عَلَى غَيْرِ الْعَاقِلِ وَجِبَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ عَلَى الْقَاتِلِ، وَالْعَاقِلَةُ يَحْمِلُونَهُ عَنْهُ مَوَاسَاةً ^(٥)، فَإِذَا تَعَذَّرَ الْإِيْجَابُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَجِبَ فِي مَالِهِ، كَمَا لَوْ أَتَزَرَ.

ثُمَّ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِذَا وَجِبَتْ فِي ثَلَاثِ سَنِينَ فَحَدَّةُ الْأَجْلِ [يَعْتَبَرُ] ^(٦) مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ لَا مِنْ وَقْتِ الْقَتْلِ، لِأَنَّ بِالْقَتْلِ أَحَدَ الْأَنْوَاعِ الثَّلَاثَةِ، أَوْ أَحَدَ الْأَنْوَاعِ السَّنَةِ كَمَا ذَكَرْنَا، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنُ نَوْعُ مِنْهَا بِقَضَاءِ الْقَاضِي، فَيُثَبِّتُ الْأَحْلَ فِيهِ مِنْ وَقْتِ ^(٧) الْقَضَاءِ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ لِتَأْخِيرِ الْمَطَالِبَةِ، [وَالْمَطَالِبَةُ] ^(٨) بِهَذَا النِّوعِ صَارَ حَقًّا لِلْمَوْلَى بِالْقَضَاءِ فَتَعْتَبَرُ الْمُدَّةُ مِنْ وَقْتِ الْقَضَاءِ.

وَأَمَّا طَرِيقُ مَعْرِفَةِ ذَهَابِ السَّمْعِ وَالْبَصَرِ:

أَنْ يَتَغَفَّلَ ^(٩) الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ، ثُمَّ يَنْادِي فِي حَالَةِ الْغَفْلَةِ، فَإِنْ أَحَابَ أَوْ التَّصَّتْ لِأَحْلٍ ذَلِكَ

- | | |
|---|---|
| (١) فِي «أ»: سَاقِطَةٌ، وَهِيَ فِي «د» | (٥) فِي «أ»: مَسَاوَةٌ، وَقَدْ أَثْبَتْنَا إِعْلَامًا مَا فِي «د» |
| (٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ، آيَةُ رَقْمِ ٩٢. | (٦) فِي «أ»: سَاقِطَةٌ، وَهِيَ فِي «د». |
| (٣) فِي «د»: بِه. | (٧) فِي «أ»: دُونَ، وَقَدْ أَثْبَتْنَا مَا فِي «د» |
| (٤) فِي «د»: فَإِنْ كَانَ ذَمِّيًّا .. وَإِنْ كَانَ | (٨) فِي «أ»: سَاقِطَةٌ |
| مُسْلِمًا. سَاقِطَةٌ. | (٩) فِي «د»: يَحْمِلُ |

علم أنه لم يذهب، وإن لم يحب ولم يلتفت علم أنه ذهب، وإذا علم أنه ذهب وجب كمال الذية؛ لأنه علم أنه مات جنس المنفعة.

ومعرفة ذهاب البصر: أن ينظر إليه أهل العلم، فإن قالوا بذهابه: وجبت الذية، وإن قالوا: لا تدري تعتبر الدعوى والإنكار، فيكون القول: قول^(١) الضارب مع يمينه، إذا ثبت هذا فنقول:

إذا ضربه على رأسه وشجّه موضحة خطأ، وذهب سمعه أو بصره وجب أرش الموضحة ودية السمع أو البصر، ولا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر؛ لأن محل الشجة الرأس ومحل السمع الأذنان، والأذنان ليستا من الرأس حقيقة وحكماً من كل وجه، فلم يكن محل الحناية واحداً من كل وجه، فلا يدخل الأقل في الأكثر، بخلاف ما إذا شج رأسه موضحة خطأ فذهب عقله حيث يدخل أرش الموضحة في [دية]^(٢) العقل، لأن محلها واحد، وهو الرأس.

وأما فيما يجب التمييز وفيما لا يجب، وفيما يباح قتله لا بطريق القصاص أو لا يباح^(٣):

رجل قال لآخر: يا خيث، لا ينبغي أن يقول: لا بل أنت، بل الأحسن أن يكف عن ولا يجيبه في ذلك ما قال الله تعالى: ﴿مَنْ عَفَا عَنْكَ وَاتَّخَذَ عَلَيْهِ عَقَابًا﴾^(٤)، والآخر يرجع في ذلك إلى القاضي ليؤدبه وإن أجابه بذلك لا بأس به لقوله تعالى: ﴿لَا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾^(٥)، لكن لا يجبه بمثل تلك الكلمة.

الخناق والساحر يقتلان إذا أخذا؛ لأنهما ساعيان في الأرض بالفساد وإن تابا قبلت توبتهما إن كان ذلك قبل الظفر بهما، ولو تابا بعد الظفر بهما لا تقبل التوبة^(٦) منهما، ويقتلان. هكذا ذكر في التوازل كما في قطاع الطريق، وكذا الزنديق والدّاعي؛ لأن الظاهر أنه إنما أخذ في التوبة ليدفع القتل عن نفسه وهذا لا يكون توبة.

رجل له أصبع زائدة فأراد قطعه: إن كان الغالب منه النجاسة فهو في سعة من قطعه، وإلا فلا؛ لأنه ربما يفضي إلى الهلاك.

المعادل لا يقتل أخاه الباطني؛ لأنه اجتمع في الباطني حرمتان: حرمة القرابة المحرمة للمتكاح، وحرمة الإسلام، بخلاف الأخ^(٧) المشرك، فإنه ليس له إلا حرمة واحدة وهي حرمة القرابة المحرمة للمتكاح والحرمة الواحدة لا تمنع لإباحة القتل.

ولا بأس للمعادل أن يقتل ابن عمه الباطني؛ لأن فيه حرمة واحدة، وهي حرمة

(١) في «د»: ساقطة.
(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٤) سورة النور، آية رقم ٤٥.
(٥) سورة النساء، آية رقم ١٤٨.
(٦) في «د»: توبتهما.
(٧) في «د»: الآخر، وأثبتنا ما في «د».

الإسلام، فصار ابن العم المسلم في هذا كالأخ المشرك، ولهذا قالوا: [إن] (١) شهد عليه ولده أو إخوته أو بسر عمه بالزنا وهو محصن وهم ورثته، فقتل عليه بالزنا، فالشهود يبدؤون بالزجم ليعلم الإمام والناس أنهم قاتمون على شهادتهم، فإنهم لم يروا [رجعوا] (٢) بعد القضاء قبل الإمضاء لا يقيم الزجم، فإن كان الشهود أولاده أو إخوته (٣) يستحب لهم إذا رموا إلا يتعمدوا المقتل، فإن كانوا بني أعمام لا بأس بأن يتعمدوا المقتل، لأن في الأب ثلاث حرمان: حرمة القرابة المحرمة للثكاح، وحرمة الأبوة، وحرمة الإسلام. ولهذا حجر شرعاً عن (٤) قتل ابن المشرك وإن كان فيه حرمان، فهذا أولى، وفي حق الأخ اجتماع حرمان: حرمة القرابة المحرمة للثكاح وحرمة الإسلام، وفي ابن العم حرمة واحدة وهي حرمة الإسلام والحرمة الواحدة لا تمنع القتل، ولهذا للأخ المسلم أن يقتل أخاه المشرك.

وأما فيما يجتمع حق العبد مع حق الشرع فيقدم حق (٥) الشرع:

رجل وجب عليه القتل بالقصاص وبالزدة يبدأ بالقصاص إذا سبق من أولياء الحناية الحسومة بذلك ولا يبدأ الإمام بالقتل بسبب الزدة، لأنهم متى اجتمعوا (٦) وجب على الإمام إيفاء (٧) حقوقهم، والمحل قابل لاستيفاء الحق فيبدأ به. والله تعالى أعلم.

الفصل الرابع

في المسائل المتفرقة

ولو أقر القاتل بالخطأ، فادعى الولي (٨) العمد لم يقبل (٩) ولزمه الذبة؛ لأنه تعذر استيفاء القصاص لمعنى في القاتل، وهو إنكاره العمد، فصار في معنى الخطأ، ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ يبطل (١٠) حقه؛ لأنه تعذر استيفاء القصاص لمعنى في الولي، وهو دعوى الخطأ.

وإذا اختلف الشاهدان في قتل رجل لم تجز شهادتهما؛ لأنهما لا يخلوان عن ثلاثة أوجه: إما أن اختلفا في الإنشاء والإقرار، بأن شهد أحدهما على القتل والآخر على الإقرار، أو اختلفا في المكان أو الآلة، فأبى ذلك كان لم يجز شهادتهما

أما الأول: فلأن الإقرار بالقتل مع فعل القتل مختلفين حقيقة وحكماً أما حقيقة فظاهر، وأما حكماً؛ فلأن حكم الإقرار بقتل الخطأ وحوب الذبة في مال المأني، وحكم

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في: أه: ساقطة، وهي في: أه. | (٦) في: أه: اختصموا. |
| (٢) في: أه: ساقطة، وهي في: أه. | (٧) في: أه: إيفاء، وفي: أه: إنهاء وقد أثبتنا ما في: أه. |
| (٣) في: أه: إخوة. | (٨) في: أه: الولد. |
| (٤) في: أه: من. | (٩) في: أه: لم يقتل. |
| (٥) في: أه: مع حق. | (١٠) في: أه: مطلق. |

القتل . معاينة وجوب الذية على العاقلة .

وأما الثاني والثالث : فلأن القتل لا يتكرر ولا يعاد ، فقد شهد كل واحد منهما بغير ر
يشهد به الآخر إلا إذا كان المكان متفاوتاً كبیت شهد أحدهما أبي رأيه قتله في حد
الجانب^(١) وشهد الآخر أبي رأيه قتله في هذا الجانب^(٢) [الآخر]^(٣) فحيث يقتل^(٤) .

وكل شهادة توجب أرشاً أو دية جازت فيه شهادة النساء ، وكتاب القاضي والشهادة
على الشهادة ، ولا يجوز في القصاص ؛ لأن الأول مال والمال يثبت مع الشبهات ، فيثبت
بدليل فيه شبهة [والثاني عقوبة ، والعقوبة لا تثبت بالشبهات فلا تثبت بدليل فيه شبهة]^(٥) .

ولو رجع شاهدان شهدا على قصاص عن شهادتهما بعدما قتل صمنا الذية في أموالهما
في ثلاث سنين . أما الضمان ، فلأنهما أقرّا أنّهما سببا للقتل بغير حق ، وأما في مالهما ؛ لأنه
وجب باعترافهما ، وأما [كونه]^(٦) مؤجلاً في ثلاث سنين ؛ لأنه مال وجب بدلاً عن الدية ،
ولي المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين اللذين رجعا ، وإن شاء الولي .

إذا أقر ولي القتل أن المشهود عليه لم يقتل وليه أو رجع المشهود عليه بقتله حياً ، إن
تضمن الولي ؛ فلأنه أقرّ أنه باشر القتل بغير حق ، وإنما تضمن الشاهدين ، فلأن الشهود أكرهوا
القاضي على القضاء بوعيد تلف ، وهو النار في دار الآخرة ، فصار القضاء مضافاً إلى الشهود
والقضاء بالقصاص إتلاف حكماً ؛ لأنه أزال ملكه عن نفسه لغيره ، وإذا مباشرة الإتلاف ؛ لأنه لم
يتخلل بين القضاء وزوال ملك المشهود عليه عن نفسه فعل فاعل مختار ، ومباشرة القتل حكماً
علّة لوجوب الضمان ، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى ،
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى : إن ضمن الشاهدين رجع^(٧) على الولي^(٨) إذ
صدقهما^(٩) الولي أو رجعا^(١٠) المشهود بقتله حياً . هما رحمهما الله تعالى يقولان : الشهود^(١١)
من الولي نزل منزلة [العاصب الأول من]^(١٢) العاصب الثاني ؛ لأن سبب ضمان الولي مباشرة
القتل حقيقة ، وسبب ضمان الشهود مباشرة الإتلاف حكماً بإزالة الملك عن نفسه ، ثم العاصب
الأول إذا ضمن رجع^(١٣) على العاصب الثاني ، وإن كان المقصوب مالاً لا يقبل القتل من ملك
إلى ملك كالمدير ، فكذا هنا . وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول : إن الشهود لو رجعوا على
ولي إنما يرجعون ؛ لأنهم بأداء الضمان ملكوا المضمون ، وهو الدّم ولم يملكوا ؛ لأن الله
ليس بمان مقوم ، ولهذا لو تزوج امرأة على دمها كانت التسمية فاسدة بخلاف المدير ؛ لأنه مان
مقوم ، ولهذا لو تزوج امرأة^(١٤) على مدير صحت التسمية إلا أنه لا يقبل القتل من ملك إلى

(١) في ده : المكان .

(٢) في ده : المكان .

(٣) في ده : ساقطة ، وهي في ده .

(٤) في ده : فحيث يقتل : ساقطة .

(٥) في ده : ساقطة ، وهي في ده .

(٦) في ده : ساقطة ، وهي في ده .

(٧) في ده : رجع .

(٨) في ده : الولي .

(٩) في ده : حدّهما .

(١٠) في ده : رجع .

(١١) في ده : المشهود .

(١٢) في ده : ساقطة ، وهي في ده .

(١٣) في ده : يرجع .

(١٤) في ده : ساقطة .

ملك فيثبت في حق ملك البدل^(١).

ولو أقام ولي المشهود عليه البينة على أن الشاهدين رجعا عن شهادتهما مطلقاً لم يقبل؛ لأن الشهادة قامت على الرجوع المطلق، وهذا يحتمل الرجوع عند قاض آخر، ويحتمل الرجوع عند غير القاضي، والشهادة على الأول صحيح، وعلى الثاني فاسد لا يوجب الصمان، فلم يقبل الشهادة بالشك.

ولو رجع الشاهدان عن يد قطعت ضمناً دية اليد في أموالهما في سنتين الثلاث في سنة، والثالث في سنة؛ لأنهما صاراً قاطعين يده حكماً بغير حق؛ لأن القضاء مقول إليهما، صار كما لو قطعاً يده حقيقة بغير حق، ولو كان كان الجواب كذلك، فكذا هنا.

ولو ماتا قبل مضي الأجل حل ذلك، وكذا لو مات أحدهما حل عليه ذلك، ولم يحل على الآخر؛ لأن الأجل يطل بموت من له الأجل. والله تعالى أعلم.

(١) في رد، المبدل.

كتاب الوصايا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): هذا الكتاب اشتمل على ثمانية فصول:

الفصل الأول: فيما تجوز الوصية والتبيل، وفيما لا تجوز، وفيما يجوز تعليق الوصية بالشرط والإضافة إلى الوقت، وفيما لا يجوز، وفيما يجوز أن يكون وصياً للميت، وفيما لا يجوز، وفيما يجوز لوصي الميت أن يتصرف في الثروة بغير إذن الوارث من القسمة وغيرها، وفيما لا يجوز، وفيما يجوز شراء الوصي شيئاً من مال الميت، وفيما لا يجوز، وفيما لأحد الوصيين أن يتصرف في مال الميت وفيما ليس له ذلك، وفيما للوصي أن ينفذ الوصية في غير ما أخيف إليه الوصية^(٢)، وفيما ليس له ذلك، وفيما يضمن الوصي بالتصرف في مال الميت وفيما لا يضمن، وفيما يصير الوارث متبرعاً في قضاء دين الميت وغيره من مال نفسه، وفيما لا يصير متبرعاً، وفيما يجوز تصرف الوارث في مال الميت من تنفيذ الوصية وقضاء الدين والخصومة مع الغرماء وإبراء الذين بغيرها بغير^(٣) أمر القاضي، وبأمره وفيما لا يجوز، وفيما يجبر الوصي عليه وفيما لا يجبر^(٤)، وفيما يجوز للقاضي أن يصب وصباً في تركة الميت، (وفيما لا يجوز^(٥))، وفيما يجوز تصرف [وصي] القاضي، وفيما لا يجوز، وفيما يجوز للقاضي أن يعزل وصي الميت وفيما لا يجوز، وفيما يوجب إخراج الوصي عن الوصية وفيما لا يوجب، وفيما يملك الوصي إخراج نفسه عن الوصاية بعد القبول وفيما لا يملك، وفيما يثبت للأب ولاية التصرف في مال اليتيم، وفيما لا يثبت.

الفصل الثاني: فيما يصير وصباً، (وفيما لا يصير^(٦))، وفيما يقع قبولاً للوصية، (وفيما لا يقع^(٧))، وفيما يكون رجوعاً عن الوصية وفيما لا يكون رجوعاً، وفيما يصح رد الوصية من الوصي وفيما لا يصح، وفيما تطل الوصية، (وفيما لا تطل^(٨))، وفيما يجوز

- | | |
|---|-------------------------------|
| (١) في «د»: جملة الدعائية غير موجودة. | (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٧) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» |
| (٣) في «أ»: وغير، وقد أثبتنا ما في «د». | (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» |
| (٤) في «د»: وفيما لا يجبر: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة، وهي في «د» |
| (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | |

للموصى له أن يأخذ شيئاً من مال الوصية بوصية أخرى وفيما لا يجوز، وفيما يحل للموصي أو للقيم أن يأكل من مال الميت، وفيما لا يحل، وفيما يجوز استئجار الوصي على مال معلوم لتنفيذ الوصايا وغيرها وفيما لا يجوز، وفيما يحل لأهل المصيبة أن يأكلوا من مال الميت وفيما لا يحل.

الفصل الثالث: فيما يرجع على الوصي بالعيب، وفيما لا يرجع، وفيما ينقض من بيع الوصي وغيره وفيما لا ينقض، وفيما تصرف الوصية بالذراهم وغيرها إلى النقد المتعارف في البلدة، وفي الكتب التي تصرف إليها الوصية وبيع^(١) الكتب، وفي معرفة الكبير والكهل، والشيخ

الفصل الرابع: فيما تجوز شهادة الوصي للميت بالذين والعين وغيرهما، وفيما لا يجوز، وفيما تجوز الشهادة على صك الوصية وفيما لا تجوز، وفيما تصح دعوى البنوة في^(٢) العبد الموصى بعته، وفيما لا يصح^(٣)، وفي العبد الذي تصرف إليه الوصية بالعتق، وفيما لا تصرف، وفي معرفة أفضل العبيد للوقف^(٤) للمساكين، وفي الوصية لأقرب العبيد، وفيما تجوز الوصية بعبد المديون لغيره من غير رضى الغرماء، وفي العتق المضاف إلى الوقت لا يثبت قبل مجيء ذلك الوقت، وفيما تصح إضافة العتق وتعليقه بالشرط وفيما لا تصح، وفيما يصير العبد مدبراً بالوصية بالعتق، وفيما لا يصير مدبراً، وفيما يجوز بيع العبد الموصى بقربته وفيما لا يجوز.

الفصل الخامس: فيما يجوز إبراء [رب]^(٥) الذين عن الذين^(٦) وفيما لا يجوز، وفيما إذا^(٧) أوصى بقضاء الذين لواثر رب الذين بعد موت رب الذين، وفيمن أوصى لمن تصح الوصية ولمن لا تصح، وفيما يستحب للموصي^(٨) أن يوصي وفيما لا يستحب، وفي نفي الأمرين أفضل في الوصية^(٩) به الصدقة أو الحج، وفيما للموصي أن يفضل بعض أصحاب الوصايا على البعض وفيما يحب على الوصي البداية بتنفيذه وفيما لا يجب، وفي الذي يجوز للموصي دفع المال إلى اليتيم وفيما لا يجوز، وفي المكان الذي يصرف مال الوصية إلى فقرائه^(١٠) وفيما يجب تنفيذ الوصية بأكثر مما ذكره الموصي من العبد في الوصية وفيما لا يجب، وفيما تصرف الوصية بالثوب إلى الثوب المخيط دون غيره، وفيما تكمل الوصية من مال الميت وفيما لا يكمل.

الفصل السادس: فيمن يجب عليه إصلاح الأرض الموصى بها بعد قلع الأشجار الموصى

بها لآخر، وفيمن يحب عليه نفقة العبد الموصى به ومؤونة إصلاح الزرع الموصى به ومؤونة حمل الحطة الموصى بها وغيرها^(١)، وفيما يدخل تحت الوصية تبعاً، وفيما لا يدخل، وفيما يدخل في^(٢) الوصية للفقراء والمساكين وذوي القربى وغيرهم^(٣) من القبيلة والعهد وغيره، وفيما يدخل تحت أحد الوصيين فيدخل في الوصية الأخرى أو لا يدخل، وفي اختلاف الوصي مع الغرماء والوارث، وغيره، وفيما يجوز دعوى الوصي [شيئاً]^(٤) من التركة وفيما لا يجوز، وفيما إذا نسي الوصي نصيب كل واحد من أصحاب الوصايا فماذا يصنع.

الفصل السابع: فيما إذا مات بعض الموصى له، هل تصير وصيته للمآقي أم لا؟ وفيما يكون وصيته للبعض دون البعض، وفيما يصرف سهمه من الوصية إلى وارثه بعد موته، وفيما يصير مريضاً مرض الموت، [وفيما لا يصير]^(٥)، وفيما يصح إقرار المريض بالدين وغيره من التصرفات والمحبات وغيره، وفيما لا يصح، وفيما يجوز التصديق عن الميت، وفيما لا يجوز، وفيما يعتبر في تنفيذ الوصية في الثلث القيمة يوم القسمة، وفيما يأخذ الغرماء الذين من الوارث بعد قسمة التركة، وفيما لا يأخذون، وفيما يجوز أن يتناول الحاج من مال الميت، وفيما لا يجوز، وفي المأمور بالحج إذا مات في الطريق يحج عنه من موضع مات الأمر أو المأمور، وفيما يقع الحج عن الأمر أو عن المأمور، وفيما صار المأمور بالحج [مخالفاً]^(٦) فيضمن وفيما لا يضمن، وفيما تجوز الوصية بالخدمة والغلة وفيما لا تجوز^(٧).

الفصل الثامن: في المسائل المتفرقة.

- | | |
|--------------------------------|--|
| (١) في: «د». غيره. | (٥) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٢) في «د»: تحت. | (٦) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٣) في «د»: وغيره. | (٧) في «د»: وفيما يجوز... لا تجوز ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة، وهي في «د». | |

الفصل الأول

فيما تجوز الوصية والتسبيل وفيما لا تجوز إلخ

رجل أوصى بأن يدفن فلان في داره فهو باطل إلا أن يوصي بأن تجعل داره مقبرة للمسلمين، وإن دفنه فيها بوصية أو بغير وصية يرفع إلى القاضي، فإن رأى أن يأمر برفعه رفع، ولو قال: ثلثه وقف ولم يزد على هذا. إن كان ماله دراهم أو دنانير، فهذا القول باطل، وإن كان ضياعاً صار ذلك وقفاً على الفقراء، فإنه لو قال: هذه الدراهم وقف كان باطلاً، ولو قال: هذه الضياع وقف كان جائزاً.

ولو أوصى بأن يكفن في مسح وتغسل يده وتغسل رجله بكفن كما يكفن سائر الناس يكفن بمثله؛ لأنه أوصى بما ليس بمشروع فلا يصح، وكفن المثل: ما يلبس في حال حياته ليذهب إلى الشرق أو إلى^(١) الجمعة

رجل له عبد فأوصى أن يخدم ولدين له سنة، ثم يعتق جازت الوصية، ويخدمهما على قدر ميراثهما ذكراً كان أو أنثى، وإنما تبطل الوصية إذا قال في الوصية يخدمهما على السواء، فحينئذ، لو كان أحدهما ذكراً والآخر أنثى تبطل الوصية، ولو كانا ذكراً جازت الوصية، لأنه وجب عليه أن يخدمهما على السواء، فإذا اشتركا كان هذا وصية بالخدمة للوارث والوصية للوارث باطلة. أما إذا لم يبين كان سبيله سبيل الميراث لا سبيل الوصية، فنصار كآله أوصى بأن يعتق العبد بعد سنة، ولو نصّ على هذا جاز، فكذا هنا^(٢)، كما إذا أوصى أن يخدم عبده جميع ورثته سنة، ثم هو حرّ الوصية جائزة فكذا هنا.

مريض قال: إن جاء أحد يدعي علي ما بين الدراهم إلى خمسين فأعطوه ما ادّعى إن لم يقيد الإعطاء برأي القاضي^(٣)، أو الرصي أو برأي رجل معلوم فهي^(٤) باطلة، ولا يعطى له شيئاً إلا بحجة.

امراة أوصت بأن يكفنها بثياب قيمتها ستون درهماً، فجعل القاضي ما يساوي ثلاثمائة درهم إن كان فعل ذلك بغير أمر الورثة ولم يكن الكل كفن مثلها ضمن كلها، لأنه أنلف حقهم بغير أمرهم، وإن كان البعض كفن مثلها والباقي ليس كمن مثلها ضمن كلها، لأنه أنلف قيمة ما لم يكفن كفن مثلها.

رجل أوصى أن يتخذ طعاماً بعد موته فيطعم الناس ثلاثة أيام. قال بعضهم: الوصية

(٣) هي «د» برأي القاضي سائفة
(٤) هي «د» سائفة

(١) هي «د»: إلى، وفي «ه»: في، وقد أثبتنا الأول.
(٢) هي «د»: هذا.

باطلة، وذكر في بعض المواضع: أنَّ^(١) الوصية جائزة.

ولو أوصى بدفن كتبه لا ينبغي أن تدفن إلا أن يكون شيئاً لا يفهم، فإن كان فيها [شيئاً من]^(٢) أسماء الله تعالى ينبغي أن يمحها، ثم يحرقها، وتلقى في الماء الجاري، وإن لم يمحها وحرقها، وألقاها في الماء الجاري، فحس أيضاً، ولا يحرقها بالنار؛ لأن في هذا إهانة به، ولو أوصى أن يعطى الناس ألف درهم فالوصية باطلة لجهالتهم، وإن قل تصدقوا يتصدق على الفقراء.

ولو أوصى بعبده لرجل على أن يكون بعد موته لفلان، فالوصية الأولى: جائزة، والثانية: باطلة؛ لأنها وصية بملك الغير، ولو زار قبر صديق أو قريب له وقرأ عبده شيئاً من القرآن فهو حسن. أما الوصية بذلك، فلا معنى له، ولا معنى أيضاً لصلة القارىء؛ لأن ذلك يشبه استجاره على قراءة القرآن، وذلك باطل، ولم يفعل [مثل]^(٣) ذلك أحد من الحلفاء.

ولو أوصى بثلاث ماله للشيعة ومحبي رسول الله ﷺ يتعرف عن مراد الموصى، لأن كل مسلم على هذه الصفة بدينه وإسلامه، فإن كان مراده الدين يعرفون بالميل إليهم، فإن كان عدد يحصون جازت الوصية لهم؛ لأنهم معلومون، وإن كانوا لا يحصون فالوصية باطلة، بخلاف الفقراء والمساكين، لأن تلك اللفظة تدل على الحاجة، فصاروا معلومين، وليس هنا ما يدل على ذلك فكان هذا وصية للمجهول، وهذا لا يجوز.

ثم تفسير قولهم: يحصون: اختلفوا فيه، والصحيح: ما ذكر عن محمد رحمه الله تعالى: أنهم إذا كانوا مائة وما دونهم، فإنهم عدد يحصون، وإن كانوا أكثر من ذلك فإنهم لا يحصون.

رجل دفع خمسين درهماً إلى ابنة^(٤) وقال: إن مت فاعمرى قبوري وقبر أبي وجدتي^(٥) والخمسة لك والباقي اشترى بها حنطة وتصدق بها على الفقراء. أما الحصة لها فباطل؛ لأنها أجرة، وليس للوصي أن يأخذ أجرة على العمل، وأما عمارة القصور، فإن كانت مما يحتاج إلى^(٦) المرممة والعمارة التي لا بد منها تعمورها بقدر ذلك وتشتري بالباقي حنطة وتصدق بها على الفقراء، وإن كانت العمارة فضلاً عن^(٧) الحاجة، فذلك^(٨) تزين والوصية به^(٩) باطلة.

امرأة أوصت إلى زوجها بأن يكفنها من المهر الذي^(١٠) عليه لها فالوصية بذلك باطلة. من يكفنها الوصي بما شاء من الشركة؛ لأن الشركة بقدر الكفص باقية على ملك المبت، فلا مائة في التعيين، وإن لم يبق لها شيء، فكفنها على بيت المال، ولا يجب على الزوج؛ لأنها بالتموت

(١) في «د»: ساقطة.
(٢) في «د»: ساقطة، وهي في «د».
(٣) في «د»: غير واردة.
(٤) في «د»: ابنته.
(٥) في «د»: وحفني.
(٦) في «د»: ساقطة.
(٧) في «د»: ساقطة.
(٨) في «د»: ساقطة.
(٩) في «د»: ساقطة.
(١٠) في «د»: التي

بات منه، وروي عن أبي يوسف: إن كنفها على زوجها اعتباراً بلباسها في حال حياتها.

رجل أوصى بخاتمه لرجل وبفصه لآخر، فالوصية جائزة، فإن لم يكن في فصله ضرر، يفصل ويعطى كل ذي حق حقه، وإن كان في فصله ضرر ينظر إلى أيهما أكثر قيمة يقال له: أصمن مال^(١) صاحبك ولك الفص، والخاتم جميعاً، ونظيره: مسألة الذجاجة ابتلعت بولوة إنسان، وقد مرت المسألة في كتاب الغصب من هذا الكتاب.

ولو قال: ثلث مالي لله تعالى فالوصية باطلة عند أبي^(٢) حبيقة رحمه الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى: جائزة، وتصرف إلى وجوه البر. وهذا على قياس ما لو قال لعبده: أنت لله لا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند محمد: يعتق إن أراد به العتق، وإن أراد به لله كسائر الناس، فهذا صدقة ولا يعتق.

ولو أوصى بأن يحفر عشرة أقبية، فإن عين الموضع جاز ويدفن فيها أبناء السبيل، وإن لم يعين لم يجز؛ لأنها لم تقع لأقوام معينين.

رجل أوصى أن يحمل بعد موته إلى موضع كذا ويبنى في ذلك الموضع رباط، فالوصية ببناء الرباط جائزة، والوصية بالحمل باطلة؛ لأنه ليس بقربة، ولا فائدة فيه فإن حمله الوصي إن كان بإذن الورثة فلا ضمان عليه، وإن كان بغير إذنه فعليه ضمان ما أفق، ولو قال: برذوني الأشقر وصية لعلان، فباع برذونه واشترى برذوناً آخر أشقر، أو لم يكن له برذون وقت الوصية، فاشترى، ثم مات، فالوصية باطلة، وكذلك لو قال: عبدي الأعمى أو عبدي الحبشي، فهذا على هذا.

ولو قال: عبدي أو براديني لفلان ولم يصف إلى شيء يدخل فيه ما كان وما يستفيد قبل الموت، وإن نسبه إلى شيء لم يكن إلا المنسوب إليه ولا يدخل في ذلك ما يستفاد.

رجل مات ولم يدع وارثاً غير امرأته، وأوصى لرجل بجميع المال، فإن أجازت كان له جميع المال، وإن لم تجز كان لها سدس جميع المال، والباقي للموصى له؛ لأن الوصية منفذة في الثلث بدون إجازتها بقي ثلثان، وحق المرأة من ذلك نصف الثلث، وهو ربع الباقي، وهو سدس الكل، وكذلك لو ماتت ولم يبق إلا زوجها، ولم يجز كان للزوج الثلث، والثلثان للموصى له على ما ذكرنا.

ولو أوصيت بثلث^(٣) مالها ولم يجز الزوج فللزوج الثلث والموصى له الثلث^(٤) والباقي لبيت المال؛ لأن الموصى له [استحق]^(٥) الثلث من غير إجازة، بقي الثلثان للزوج من ذلك الثلث، بقي ثلث آخر، فالسدس من ذلك للموصى له بالنصف^(٦)؛ لأنه بقي إلى تمام حقه السدس، ولا منازعة لأحد فيه، بقي سدس آخر، وليس له مستحق فيوصع في بيت المال.

(١) في «د»: سافطة.
(٢) في «د»: على قول.
(٣) في «د»: بنصف.
(٤) في «د»: النصف.
(٥) في «أ»: سافطة، وهي في «د».
(٦) في «أ»: والنصف، بالواو، وقد اثبتا ما في «د».

ولو أوصى لمواليه وله موالى أعلى وأسفل عند أبي حنيفة: فيه ثلاث روايات. في رواية: الوصية باطلة، وفي رواية: الوصية للمولى^(١) الأعلى، وفي رواية: الوصية للمعريين جميعاً؛ لأن كلهم مواليه، ولو قال: ثلث مالي أوصيت به للمسجد أو قال للمكة، أو قال: ثلث مالي لشغل فلان. أما في الحصة^(٢): فإنه يعطى لمساكين مكة، وأما للمسجد فالقياس. أن يكون باطلاً، وكذلك الشغور إلا أن يقول: ينفق على مسجد فلان، وقال محمد رحمه الله تعالى: هو جائز، ففي الشغور: يعطى لمساكينه، وفي المسجد ينفق على سراحه. ولو أوصى بغلامه^(٣) ليعخدم في مسجد كذا ويؤذن^(٤) فيه فذلك جائز، وما اكتسب الغلام من المال فهو للورثة؛ لأن الزقة على ملكهم.

ولو أوصى لمملوك فلان بأن ينفق [عليه]^(٥) كل شهر بعشرة دراهم فالوصية جائزة، وتندور مع العبد حيثما دار بيع أو عتق.

ولو أوصى بأن ينفق على فرس فلان كل شهر بعشرة جاز فإذا بيع الفرس بطل ذلك؛ لأن هذا وصية لصاحب الفرس، ونظيره: ما لو قال: والله لا أكلم عبد فلان، أو لا أركب دابة فلان.

ولو قال: بيعوا أمتي ممن يتخذها أم ولد أو يدبرها فهذا جائز استحساناً. وكذلك لو قال: بيعوها ممن يعتقها^(٦).

ولو أوصى بثلث ماله^(٧) في سبيل الله تعالى جاز وسبيل الله تعالى هو الغزو، ولو أعطاه حاجاً مقطوعاً جار، وهو قول محمد رحمه الله تعالى.

ولو أوصى بثلث ماله لفلان، أو لفلان الوصية باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: ويصرف إليهما، وعند محمد رحمه الله تعالى: [الخيار في]^(٨) ذلك إلى الوراث^(٩) يعطى أيهما شاء.

ولو أوصى بطريق لرجل أو ممر، فهو جائز بمنزلة البيع. ولو أوصى بممر في هذه الدار غير رقة الأرض، فهو بمنزلة الشرب والسكنى تكون له ما دام حياً فإذا مات بطل عنه.

ولو أوصى بثلث ماله لأكفان موتى المسلمين، أو لقبورهم، لم يجز، ولو قال لفقراء المسلمين جار.

(١) في «د»: لمولى. (٢) في «د»: الكعة.

(٣) في «د»: ماله، وفي «د»: بغلامه، وقد أثبتنا ما في «د».

(٤) في «ج»: من قوله: [الحمد فلا يجوز أن تنتفى الطراوة] من كتاب الأشربة الفصل الثاني فقره: وأما فيما يوجب الحد وما لا يوجب من ٢٠٧ إلى قوله: [ولو أوصى بغلامه ليعخدم في مسجد كذا ويؤذن] في كتاب الوصايا الفصل الأول ص ٢٣٨ وقد وجدناه بكامله في «د»: فصار هكذا النص محققاً على «د» و«د»، وهو شامه.

(٥) في «د» و«ج»: ساقطة، وهي في «د». (٦) في «ج» و«د»: يعتق.

(٧) في «ج»: مالي. (٨) في «د» و«ج»: ساقطة، وهي زيادة في «د».

(٩) في «ج» و«د»: الوراث.

ولو أوصى بأن يكفن عليه بألف دينار فيكفن^(١) بكفن^(٢) وسط لا يسرف فيه ولا يضيّق.

ولو قال: (سدرم أرمن بخشيش كسد) فهذه وصية باطلة؛ لأن ما يعطى [للفقراء]^(٣) والأغنياء يدخل تحت قوله: (بخشيش كسده).

امرأة أوصت بأن يعتق عنها أمة بكذا درهماً، ويعطى لها من ثلث مالها كذا وكذا، فالمسألة على وجهين: إما أن أوصت بعتق جارية معينة أو غير معينة، فإن كانت معينة^(٤) جازت الوصيتان جميعاً؛ لأن هذه وصية الشخص بعينه، فإن كانت غير معينة جازت الوصية بالعتق ولم تحز المال إلا أن يفوض ذلك إلى الوصي ويقول: أعطها إن أوجبت^(٥) ذلك كما لو قل: ضعتها حيث شئت، فإن محمداً رحمه الله تعالى: ذكر يمين أوصى أن تباع أمة ممن أحببت جازت الوصية، ويجبر الورثة على بيعها ممن أحببت، فإن أبى ذلك الزوج أن يأخذها بقيمتها يحط من قيمتها مقدار ثلث مال الموصى.

ولو أوصى لمصالح القرية، فالوصية باطلة؛ لأن المصالح مما يختلف.

ولو أوصى أن يدفن في بيته بأن قال: ادفوني في بيتي. هذه الوصية باطلة، ويدفن في مقابر المسلمين.

تسبيل الأشياء المنقولة وغير المنقولة يحوز في كل ما كان تسبيله قرية، وهذا عند محمد رحمه الله تعالى، وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: التسبيل حالة الحياة وبعد الوفاة إن كان فيه تملك بأن يرصي بالغلة أو عين بأن يقول: جعلت سكناه لرجل بعينه يجوز.

ولو جعل داره خاناً يزل فيه الناس بعد وفاته لا يجوز.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي للمسجد فهو بطل في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. وقال محمد رحمه الله تعالى: وهو جائز، ولو قال: ينفق في المسجد جاز بالاتفاق.

ولو قال: في بيت المقدس فهو جائز وينفق عليه في سراحه وبحره فهذا دليل على أنه يجوز أن ينفق من وقف المسجد على قتاديله وسراحه.

ولو أوصى لمجاوري مكة جازت، فإن كانوا عدداً لا يحصون صرفت إلى الحاحة منهم إن كانوا يحصون قسمت على عدد رؤوسهم.

ولا تجوز الوصية بأكثر من الثلث إلا أن يجيز ورثة الميت بعد موته، أما عدم الجواز عند عدم إجازة الورثة: فلما روي عن سعد بن أبي وقاص^(٦) رضي الله تعالى عنه أنه قال: يا رسول الله أفأوصي بمالي كله، قال: لا، قال: يضيفه، قال: لا، قال: يثليبه،

(١) في «ج» و«د»: كفن.
(٢) في «د»: ساقطة.
(٣) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د».
(٤) في «د»: ما كان كانت معينة ساقطة.
(٥) في «د»: أحب.
(٦) سبقت ترجمته.

قَالَ: الثَّلَثُ وَالثَّلَثُ كَثِيرٌ^(١). أما الجواز عند إجازة الورثة بعد الموت؛ فلأن المصحح كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم فيزول المنع، وكذلك لو أوصى لوارثه وإن قل لم يجز إلا أن يجبر أصحابه بعد موت الموصي أما عدم لجواز عدم الإجازة فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ»^(٢) وأما الحواز عند الإجازة فلما قلنا، ولا تجوز الوصية للوارث إذا مات وهو وارثه وإن كان يوم الإيصاء^(٣) لم يكن وارثه بأن أوصى لأخ وله ابن ثم مات الابن ثم مات هو^(٤)، لأن الوصية إنما تجب عند الموت [فيعتبر حاله عند الموت]^(٥)، وهو وارث عند الموت فكان وارثه عند وجوب الوصية وكذلك إقراره لوارثه في مرضه بدين لا يصح؛ لأن تعلق [حق]^(٦) الوارث مانع من الإقرار لما فيه من إبطال حق الباقين فلو أقر لها بدين ثم تزوجها جاز ولو أوصى لامرأة ثم تزوجها لا يجوز، والعرق أن الإقرار إنما يوجب يوم الإقرار وهي أجنبية يوم الإقرار والوصية تحب عند الموت وهي وارثة عند الموت. ولو أوصى لوارث وأجنبي جاز في^(٧) حصة الأجنبي [وهي نصف الثلث]^(٨) ولو أقر لهما لم يجز إذا ادعى الأجنبي الشراكة والفرق أن الوصية ابتداء إيجاب وقد أضيفت إلى ما يصح وإلى ما لا يصح على السواء فيصح التصف لمن يصح فأما الإقرار إخبار عن واجب وقد أخرج عن واجب [سابق]^(٩) بصفة وهو كونه مشتركاً بينهما ولا يمكن إثباته على تلك الصفة؛ لأنه لم يصح للوارث ولا يمكن إثباته على غير تلك الصفة؛ لأنه لم يقر به والهة في مرضه وصية؛ لأنها تبرع فصارت كالمضافة إلى ما بعد الموت كالوصية حتى لو وهب لأخيه، وله ابن فمات الابن بطلت الهة.

ولو وهب لأخيه ولا ابن له، ثم ولد له ابن صحّت الهة اعتباراً لحالة الموت كالوصية. وكذلك الكفالة^(١٠) في المرض بدين؛ لأن الكفالة في معنى القرض.

ولو أوصى لقاتله لا يجوز إلا أن تجيزه الورثة وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا تحوز، وإن أجازته الورثة. أما إذا^(١١) لم تجز الورثة فلقول علي رضي الله تعالى عنه: «لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ» وعن عمر رضي الله عنه: مثل ذلك. فأما إذا أجازت الورثة [حاز]^(١٢). أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن^(١٣) الوصية أخت الميراث والإجازة لا تؤثر في الإرث حتى إن القاتل لا يرث وإن أجازت الورثة، فكذا وجب أن لا يؤثر في الوصية. هما فرقا بينهما، وقالوا رحمهما الله تعالى^(١٤): إن الإرث حكم ثبت بالشرع لغير القاتل فلا يقدر

- | | |
|--|---|
| (١) سبق تخريجه. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) سبق تخريجه. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: يكن يوم وصي. وفي «د»: وإن كان يوم وصي. | (١٠) في «ج»: الكفالة. |
| (٤) يعني به الأب كما هو مصرح به في «ج». | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «أ» و«د»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٤) في «ج» و«د»: بينهما وقالوا رحمهما الله تعالى: ساقطة. |

العبد على تعيين حكم الشرع، فأما إيجاب الوصية مقدر^(١) من المالك وهو أهل مضاف إلى محله، فيسمى أن يصح قلما لم يصح علم^(٢) أنه امتنع لمانع فيصح^(٣) كما لو أوصى لوارثه بأجارت الورثة صحت الوصية، ولو عفا عن قاتله وهو عند جاز من الثلث إذا كان القتل خطأ، وإن كان العفو عن القتل خطأ وصية للعبد بالثلث، والوصية للعبد إذا كان قاتلاً لم تصح^(٤)؛ لأن الوصية للعبد وهو قال: تقع للعبد؛ لأن المالك يقع للعبد أولاً، ثم ينتقل إلى المولى إذا كان فارغاً عن حاجته، ولهذا يعتبر الزد والقبول من العبد، وأنه قاتل فلا تصح الوصية له. فأما العفو وصية للمولى؛ لأن موجب قتل العبد خطأ على المولى؛ لأنه مخاطب بالدفع أو بالفداء، فكانت وصية للمولى ابتداءً، وانتهاءً والمولى ليس مقاتل فيصح من الثلث. هذا إذا كان القتل خطأ. أما إذا كان عمداً فالعفو عنه عفو عن القصاص في مرض الموت والعفو عن القصاص ليس بوصية لا حقيقة ولا حكماً.

أما الحقيقة؛ فلأنه إسقاط الحق للحال والوصية ما تكون مضافة إلى ما بعد الموت.

وأما حكماً: فإنه يصح من جميع المال، وأما إذا لم يكن وصية كان القاتل في ذلك وغير القاتل سواء، وأما إذا كان القتل خطأ فكان^(٥) هذا وصية بالدية للمقاتل^(٦)، فيكون وصية للأجنبي فيصح، لكن من الثلث، ولا يصح العفو عن حصة القاتل؛ لأن العفو عن حصة القاتل وصية للمقاتل ولو وصية للمقاتل لا تصح وتجوز الوصية لقاتله إذا^(٧) كان صياً أو مجنوناً، وكذلك إذا^(٨) كان وارثه لا يحرم من الميراث؛ لأن حرمان الميراث والوصية سبب الجباية وفعلهما لا يوصف بالجناية.

ولو جرحه رجل وقتله آخر جازت الوصية للجراح؛ لأنه ليس بمقاتل ولا تجوز وصية الضبي والمجنون، وإن أدرك بعد ذلك وأفاق إلا أن يرصى^(٩) بعد ذلك.

أما الضبي: فلأن الوصية تبرع فيه ضرر بحكم الحال، وعبرة الضبي فيما^(١٠) فيه ضرر ملحق بعبارة المجنون.

وأما المجنون: فليس له عبارة صحيحة.

ولا تجوز وصية المكاتب والعبد وإن أعتق في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى: يجوز، ولو^(١١) قال: إن أعتقت ثم مت ثلث مالي له جاز في قولهم جميعاً، والمسألة معروفة.

ولو^(١٢) قال للضبي: إن أدركت ومت لم يجز، وكذلك المجنون. فرق بين المكاتب

- | | |
|--|-------------------------|
| (١) في نسخة: واده: صدر. | (٧) في نسخة: واده: إن |
| (٢) في نسخة: على. | (٨) في نسخة: واده: إن. |
| (٣) في نسخة: فصيح. | (٩) في نسخة: بوصي. |
| (٤) في نسخة: والوصية... لم تصح: ساقطة. | (١٠) في نسخة: واده: من. |
| (٥) في نسخة: واده: فلان. | (١١) في نسخة: وإن. |
| (٦) في نسخة: واده: للمقاتلة. | (١٢) في نسخة: وإن. |

وبينهما، والفرق: أن عبارة المكاتب صحيحة فإذا أضاف إلى محلّ قابل للتبرع وهو الملك بعد العتق صح، فأما عبارة الضبي في حق التبرع فاسدة؛ لأنه ملحق بالمجنون في حق التبرع ففسدت العبارة أصلاً ففسد^(١) التصرف.

ولو أوصى حربي مستأمن بماله كله لمسلم أو ذمي جاز؛ لأن المنع عن الوصية بجميع المال، إنما^(٢) كان [لا يجوز]^(٣) لحق الورثة ولا حق للورثة في دار الحرب.

ولو أوصى مسلم أو ذمي لحربي مستأمن جاز؛ وروي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه لا يصح، لأن الوصية برّ والحربي المستأمن ليس من أهل البر، قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الْبَرِّ وَالَّذِينَ قَتَلْتُمُوهُمْ فِي الْبَرِّ وَأَلْبَسُوا عَلَيْكُمْ الْكِتَابَ وَالَّذِينَ قَتَلُواكُمْ فِي الْبَرِّ وَأَلْبَسُوا عَلَيْكُمْ الْكِتَابَ﴾^(٤). وجه [ظاهر]^(٥) الزاوية: أن الأمان المؤقت خلف عن^(٦) الذمة في حق الأحكام، ثم لو أوصى الذمي بوصية جاز، فكذا الحربي المستأمن.

ولا تجوز وصية الذمي لوارثه، كما لا تجوز وصية^(٧) المسلم^(٨) لوارثه؛ لأن المعنى يجمعهما.

ولو أوصى ذمي لبيعة أو كنيصة ينفق عليها أو بأرض تبني بيعة أو كنيصة جاز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تجوز. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إنه أوصى بما هو بمعصية فوجب أن لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَأَن أَعْصِيَنَّهُمْ يَآ أَرْكَأُ اللَّهِ﴾^(٩) ومن الحكم بما أنزل الله أن لا تجوز الوصية بمعصية. أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: المعتر في حق فساد الوصية ديانة الذمي، حتى لو أوصى^(١٠) بما هو بمعصية عندهم طاعة، عندنا: لا تجوز، كما لو أوصى [لإصلاح مسجد من مساجد المسلمين وهذه وصية بما هو طاعة عندهم فيجوز كما لو أوصى]^(١١) بسقي الخمر وإطعام لحوم الخنازير.

ولا تجوز وصية المسلم لبيعة؛ لأنه معصية في دينه.

ولو أوصى بغلة جاريته في نفقة المسجد ومرمته جاز [من ثلثه؛ لأنه [أوصى بما هو طاعة فجاز]^(١٢) كسائر الوصايا.

ولو أوصى بغلة عبده [أو بغلة]^(١٣) داره في المساكين جاز. والخدمة لا تجوز إلا لرجل بعينه والوصية بالسكنى لا تجوز، إلا لرجل بعينه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف

- | | |
|--------------------------------|--|
| (١) في «د»: فيفسد. | (٨) في «د»: من المسلم. |
| (٢) في «د»: ساقطة. | (٩) سورة المائدة، آية: رقم ٤٩ |
| (٣) في «د»: ساقطة. | (١٠) في «د»: أبو حنيفة ... حتى لو أوصى ساقطة |
| (٤) سورة الممتحنة، آية: رقم ٩. | (١١) في «د»: ساقطة |
| (٥) في «د»: ساقطة، وهي في «د». | (١٢) في «د»: ساقطة |
| (٦) في «د»: ساقطة. | (١٣) في «د»: ساقطة. |
| (٧) في «د»: ساقطة. | |

رحمهما الله تعالى، وقال محمد رحمه الله تعالى: تجوز وإن لم يوص لإنسان^(١) بعبه. فرق بين العلة والخدمة والسكنى، والفرق: هو أن الوصية للمساكين وهم مجهولون وصية لله تعالى، والوصية بالغلة وصية بالعين والوصية بالأعيان كما تجوز للعباد تجوز لله تعالى؛ لأنّ تملك العين من الغير جائز قياساً لا بسبب الحاجة، فأما الوصية بالخدمة والسكنى وصية بالمنفعة والوصية بالمنفعة^(٢) لا تجوز لله تعالى، وتجوز للعباد؛ لأنّ القياس يأبى تملك المنفعة من العبد تركنا القياس باعتبار الحاجة وتعالى الله عن الحاجة فلا يجوز تملك المنفعة من الله تعالى.

ولو أوصى بصوف غنمه أو أولادها أو شحومها لرجل أبداً لا يجوز إلا ما على ظهورها وفي ضرعها وفي بطونها يوم مات.

ولو أوصى بغلة التخل والبستان أبداً يجوز؛ لأنّ الوصية عقد تملك وتمليك الولد المردوم وما شاكلها لا يجوز بعقد من العقود كالبيع والهبة وغيرهما فلا يجوز التملك بالوصية أيضاً، فأما الغلة والشمار التي تحدث يجوز تملكها بالمعاملة فيجوز أيضاً بالوصية.

وأما فيما يجوز تعليق الوصايا بالشرط والإضافة إلى الوقت وفيما لا يجوز:

رجل أوصى إلى رجل وشرط عليه أنه هو الوصي ما لم يقدم فلان الغائب فإذا قدم كان الوصي هو، فإن كانت الوصية على هذا الشرط يخرج هو عن الوصية بقدم فلان، لأنّ تعليق الوصية بالشرط يصح؛ لأنّ الوصية^(٣) إثبات الخلافة بعد الموت فالتعليق بالشرط تعليق^(٤) به، كالتوكيل وغيره.

رجل أوصى لصبي بمال مسمى وقال: أعطوه بعدما يموت أبوه، وإذا أدرك فهو وصية له بعد موت الموصي ولا يدفع إليه إلا بعد الوقت، ولو قال: متى مات أبوه فقد أوصيت له بذلك فهذه وصية فيها ضعف؛ لأنه يحتمل أنه يموت قبل موت أبيه فوقع الشك في هذه الوصية فكانت ضعيفة.

رجل أوصى بوصايا، ثم قال: أعرضوها على فلان^(٥) فما ردة فهو مردود فلم تعرض على فلان، أو عرضت ولم يقل شيئاً فالوصية ماضية، إلا أن يرد فلان منها شيئاً فهو مردود؛ لأنّ ما علق الجواز بالمشيئة، بل علق الرد بالمشيئة وصار كمن باع وشرط الخيار لنفسه، ثم مات من له الخيار فإنه يمضي العقد على الضحة. كذا هنا. فإن قال: أجزوا إن أحاز فلان أو أنفذوا إن أنفذ فلان فمات فلان قبل الإحازة الآن^(٦) تبطل الوصية؛ لأنّ الإحازة والتفاد متعلق بمشيئة فلان فما لم يوجد لا^(٧) ينفذ.

(١) في «ج»: لرجل.
(٢) في «د»: والوصية بالمنفعة: ساقطة.
(٣) في «د»: على هذا الشرط... لأن الوصية: ساقطة.
(٤) في «ج»: يلق.
(٥) في «ج»: عليه أي على فلان.
(٦) في «ج»: إلا أن.
(٧) في «ج»: لم.

رجل حضره الموت فقال لرجل: أنت وصيي في أن تشتري كفني وتحمل متاعي إلى ورثتي، فإذا سلمته إليهم فأنت خارج عن وصيتي، أو لم يقل، فأنت خارج وعليه ديون للناس فهو^(١) وصية في كل شيء وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

رجل أوصى إلى رجل وقال: إن حدث بك الموت ففلان وصيي، أو قال: أنت وصيي ما دام ابني صغيراً فإذا كبر ففلان هو الوصي أو قال: أنت وصيي مع فلان، فالوصي [هو]^(٢) الأول أدرك أو لم يدرك، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

وأما فيما يجوز أن يكون وصياً للميت وفيما لا يجوز، [وفيما يجوز لوصي الميت أن يتصرف في الثركة بغير إذن الوارث من القسمة وغيرها وفيما لا يجوز]^(٣):

ولو أوصى إلى عبد غيره^(٤) فالوصية باطلة؛ وإن أجازها ولي العبد، والمراد منه: أن القاضي يخرج من الوصية؛ لأن التصرف يقوم بمنافع بلنه، وأنه ملك السيد يملك منفعة إذا شاء.

ولو تصرف العبد قبل أن يخرج القاضي نفذ تصرفه؛ لأنه أهل للتصرف والوصية ثالثة.

ولو أوصى إلى عبد نفسه فإن كانت الورثة كباراً أو فيهم كبير، فالوصية باطلة، فإن^(٥) الكبير يملك بيعه فتبطل الوصية به، فإن كانوا صغاراً جاز عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وقالوا رحمهما الله تعالى: لا يجوز؛ لأنه صار ملكاً لهم فيبطل إذن المولى، ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى [أنه]^(٦) إذا أوصى إليه وهو أهل للتصرف صار نائباً عنه وأحد^(٧) من الورثة لا يملك بيعه^(٨) فيصح الإيصاء.

ولو أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره حاز؛ لأنه في منافعه بمنزلة الحر.

ولو أوصى مسلم إلى دمي فالوصية باطلة؛ لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، ومي بعض الزوايات: أنه تجوز الوصية ما لم يخرج القاضي؛ لأنه أهل لمباشرة التصرف فصحت^(٩) الوصية لكن القاضي يخرج من الوصية ثلثاً^(١٠) يباشر العقود الفاسدة.

ولو أوصى ذمّي إلى ذمي، جاز، ولو أوصى إلى حربي، لم يجز؛ لأنه لا ولاية بينهما، ولو أوصى إلى مسلم، جاز؛ ولو أوصى إلى امرأة أو محدود في قذف ثالت، يجوز؛ لأنه من أهل الولاية عليه.

وأما فيما يجوز لوصي الميت أن يتصرف في الثركة من القسمة وغيرها:

رجل مات وقد كان أوصى بثلث ماله وخلف وصياً وله أصناف من الأموال فأراد

(١) في «ج»: يكون.

(٢) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي زيادة في «د».

(٤) في «ج» و«د»: عبد غيره، وفي «أ»: عبد.

(٥) وقد أثبتنا ما في «ج» و«د».

(٦) في «ج» و«د»: لأن.

(٧) في «ج» و«د»: تصح.

(٨) في «ج» و«د»: كيلاً.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: وواحد.

(١١) في «ج» و«د»: بيعه، وفي «أ»: منعمة وقد

أثبتنا الأول.

(١٢) في «ج» و«د»: تصح.

(١٣) في «ج» و«د»: كيلاً.

الوصي أن يسع صنفاً في وصيته، فقال الوارث: بيع من [كل] صنف ثلثه فله ذلك؛ لأن حقه متعلق في ثلث كل صنف فلا يجوز للوصي إبطال ذلك إلا إذا كان شيئاً لا يمكن بيع ثلثه هكذا ذكر، هذه المسألة في «التوازل».

رجل مات وقد أوصى إلى رجل وقال: إن أدرك ابني هذا فأعتق عدي هذا^(١) وأعطه مائتي درهم فقال العبد: أعتقني في الحال^(٢) وإلا^(٣) أطلب المائتين ليس للوصي أن يعتقه؛ لأن الموصي أمره بالإعتاق في وقت معلوم فلا يجوز أن يعتقه قبل ذلك الوقت.

رجل مات وترك ابنين فأوصى إلى أحدهما فأراد الآخر أن يعلم مقدار الوصايا والمال^(٤) له أن يستخير عن^(٥) ذلك لثلاث^(٦) يضيع المال.

إذا كتب في وصيته أن يعطى كل فقير درهماً فزاده الوصي لا ينبغي له أن يفعل. لأن^(٧) الواجب عليه تنفيذ الوصية على ما أوصى به ولا يتجاوز عن ذلك برأيه، ولو فعل ذلك لا يضمن، وكذلك لو أعطى فقيراً نصف درهم ثم أعطاه بعد ذلك نصف درهم وقد استهلك الفقير النصف الأول نرجو أن لا يضمن؛ لأنه أكمل له درهماً فلا يكون محالفاً، ولو قال الموصي: لا تعط [كل]^(٨) فقير إلا درهماً فراد على ذلك يضمن؛ لأنه نهاه عن ذلك، وما كان منهما لا يكون داخلاً تحت الوصية.

رجل أوصى بمائة درهم لرجل^(٩) بعينه فباع الوصي منه شيئاً من التركة بمائة درهم^(١٠) فهو جائز وكذلك لو صالحه على ثوب قلّت قيمته أو كثرت جاز ولو حط البعض وأخذ البعض يجوز؛ لأن له حقاً مبيّناً معلوماً في التركة بخلاف ما إذا أوصى بمائة للمساكين ثم إنه صالح عنده من لمساكين على عشرة دراهم فإنه لا يجوز؛ لأن حقهم^(١١) غير معلوم، والقياس: أن تسترد العشرة، وفي الاستحسان: لا تسترد، ويعطى المساكين.

ولو كان الصلح على ثوب قليل القيمة فإنه لا يجوز وله أن يسترد الثوب؛ لأن ذلك ليس بحق لهم.

رجل وقف حانوتاً على مرمة المسجد فللمقيم أن يشتري من غلته سلماً يصعد سطح المسجد لبطينه وكذا يعطى بلذي رفع الثلج والذي يكتس^(١٢) لثواب الذي يجتمع^(١٣) في المسجد.

رجل مات وأوصى إلى امرأة له، وله متاع، وللمرأة عليه مهر فأرادت أن تأخذ مهرها من التركة فإن كان للزوج شيء من الصامت مثل مهرها تأخذ من ذلك وإلا تبيع ما صلح

(٧) في «ج»: ساقطة.
(٨) في «أ»: ساقطة.
(٩) في «ج»: ساقطة.
(١٠) في «ج»: ساقطة.
(١١) في «ج»: ساقطة.
(١٢) في «ج»: ساقطة.
(١٣) في «ج»: الذي يجتمع ساقطة.

(١) في «ج»: ساقطة.
(٢) في «ج»: ساقطة.
(٣) في «ج»: وإلا غير موجودة وهي في «أ» و «د».
(٤) في «ج»: ساقطة.
(٥) في «ج»: ساقطة.
(٦) في «ج»: كيلا.

للبيع وتأخذ مهرها من ثمنه.

ولو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله فغصبه غاصب واستهلكه وهو معسر محتاج فأراد الوصي أن يجعل ما عليه صدقة له^(١) فله ذلك.

رجل مات^(٢) وخلف داراً، وأوصى بوصايا من ثلث ماله وعليه ديون ولا يقدر الوصي على إنفاذها إلا ببيع الدار والورثة لا يرضون ببيع كل الدار فإن كان الذين يأتي على كل الدار، أو عامتها ولم يبق إلا شيء يسير كان للوصي أن يبيع ويقضي ما على الميت من ثمنها ولا يسرف؛ لأنه لو لم يبع بقي الذين على الميت طويلاً، وأما أهل الوصايا فهم شركاء الورثة.

رجل باع من مال الميت ثم استامه^(٣) بأكثر مما باعه ينتظر في ذلك اثنان من أهل البصر^(٤) والأمانة إن قالوا: إن ما باعه به^(٥) فهو قيمته لا يلتفت إلى زيادة من يزيد؛ لأن ذلك قد يكون عند تحقق الحاجة بأن يزداد على قيمته عند حاجته ولا يصير ذلك قيمة له وإن كان يشتري من المزايدة [بأكثر]^(٦) وفي السوق بأقل فباعه في السوق لا تجب على الوصي بأن يبيع على المزايدة، بل يعتمد في ذلك [على]^(٧) قول عدلين في القيمة إن أخرا أن ذلك قيمتها يكون ذلك قيمة لها.

امرأة أوصت بوصايا وأمرت زوجها بإنفاذ ذلك ولها ضيعة أمرت أن^(٨) يبيعها وينفذ الوصايا من ذلك وأراد الزوج أن تكون الضيعة له ينبغي أن يقومها ويستقصي فيها حتى [لا يبقى]^(٩) فيها وهم الزيادة ثم يبيعها من إنسان ويسلمها إليه ثم يشتري منه بمال معلوم لنفسه ثم^(١٠) ينفذ وصاياه من ذلك المال.

رجل مات في يوم ثلج [شديد]^(١١) لا يقدر المحتسبين على حمله وله وصيان فاستأجر أحد الوصيين أجراً حملوه إلى المقبرة والوصي الآخر هناك ولم يتكلم أو استأجر الورثة المغسل والوصيان حاضران جاز ذلك وكانت الأجرة من جميع المال بمنزلة شراء الكفن.

رجل أوصى بوصايا ووقف ضياعاً وقد قال للوصي: تعطي^(١٢) من ذلك شيئاً ووسع الأمر عليه وقد كان للموصي^(١٣) امرأة وولد^(١٤) وأخ محتاج^(١٥) له أن يعطي لهم من ذلك شيئاً؛ لأن هذا^(١٦) وقف على الفقراء وهو إنما أعطى هؤلاء لفقركم.

- | | |
|--------------------|---------------------|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: استرد. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: النظر. | (١٢) في «ج»: أعطي. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: للوصي. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٤) في «ج»: ووالد. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٨) في «ج»: ساقطة. | (١٦) في «ج»: ذلك. |

ولو أوصى بأن يتصدق بهذه الدراهم في عشرة أيام فتصدق بها^(١) في يوم واحد حاز؛ لأنه لا منفعة في التقييد.

رجل أوصى لرجل بشيء فباع الوصي شيئاً من الثروة من الموصى له فأراد أن يجعله فصاصاً بما أوصى له لا يصير فصاصاً إلا برضى الموصى له.

دار بين اثنين فمات أحدهما وأوصى بثلث ماله للفقراء فأراد الوصي أن يبيع الذار لإنقاذ الوصية ويأبى الورثة ذلك، ويقولون: بع شيئاً آخر [من ماله]^(٢) يبيع من ماله ما كان يبيع أصلح للوارث والمورث وأبعد عن الضرر عنهما.

رجل وقف وقفاً ولم يجعل له قتيماً في حال حياته حتى مات وقد كان أوصى إلى رجل فالوصي وصي على أوقافه؛ لأن الوقف يحتاج إلى قيم يقوم في إصلاحه ويعرف^(٣) ذلك في^(٤) مواضعه وقد رضى وصياً فيرضى به قتيماً لأنهما واحد. أمّا لو جعل الواقف^(٥) قتيماً في حال حياته، فالوصي وصي والقيم قيم؛ لأنه لا ضرورة هنا.

رجل قال لوصيه: اخرج من مالي الثلث فتصدق بألف درهم على الفقراء ولم يزد على هذا حتى مات فالثلث كله للفقراء؛ لأنه أمره بإخراج الثلث والتميز من سائر الأموال وذلك لا يكون إلا بالصرف إلى موضع وهذا متعين للصرف فيصرف إليهم.

رجل أمر رجلاً أن يتصدق بشيء من ماله وأعطى إليه^(٦) المال فتصدق الوكيل به^(٧) على أبيه^(٨) [أو]^(٩) ابنه الكبير^(١٠) وهما محتاجان إليه^(١١) جاز؛ لأنه لا تهمة في هذا، بخلاف الوكيل بالبيع إذا باع من هؤلاء حيث لا يجوز؛ لأن ذلك مبادلة فتمكن فيه التهمة.

رجل^(١٢) أخذ أرض اليتيم مزارعة إن شرط البذر على اليتيم: لا يجوز؛ لأنه يصير مؤخرأ نفسه من اليتيم وذلك باطل؛ لأنه مبادلة^(١٣) المنفعة بالمال ومنفعة الآدمي صفة الآدمي والأصل ليس بمال فما هو صفته لا يكون مالاً إلا أن الشرع أعطى له حكم المال لحاجة ولا حاجة هنا فحيث تكون مقابلة المال بما ليس مالاً فلا يجوز.

والوصي إذا باع عيناً ليقضي بئمنه دين الميت وفي يده ما يقضي به دينه حاز؛ لأن تصرفه كتصرف الموصي وللموصي أن يفعل ذلك بنفسه، فكذلك الوصي، وليس للوصي أن يذاخر شيئاً من الثروة إجازة طويلة ليقضي بذلك دين الميت.

وصي استأجر دار اليتيم فقبضها فأراد أن يسكنها ولم يكن غاصباً. فالحيلة: أن يذاجر

- | | |
|--------------------|---------------------------|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: انه. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ويصرف. | (١٠) في «ج»: ابنه الكبير. |
| (٤) في «ج»: إلى. | (١١) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: وصي. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: مقابلة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | |

الدار من امرأته ثم يسكن فيها ثم يهب من ماله مقدار الأجرة للمرأة وتؤدي المرأة منه الأجرة إذا وصى إلى رجل بأن يتصدق من ماله للوصي أن يضع^(١) ذلك إلى أولاده الكبار، وأما الصغار: لا يعجبي ذلك؛ لأن القابض للصغار هو، وليس للوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة، ولا لقيم الوقف أن يزرع أرض الوقف؛ لأنه لو مضى على ذلك زمان ربما يتوهم أن يندرس ذلك ويأخذه لنفسه.

رجل دفع إلى رجل ألف درهم^(٢)، وقال: هذه الألف لفلان^(٣) [مضاربة]^(٤)، فإذا أنا مت فادفعها إليه وسعه أن يدفعها إليه.

ولو أوصى بأن يقف ثلث ماله على فلان ينفق عليه فعزل الثلث وضاع، يرجع بثلث ما بقي.

ولو أوصى إلى رجل في ماله فهو وصي في ماله ولده، وقال الشافعي رحمه الله تعالى: لا يكون وصياً في ولده بناء على أن الوصي في نوع يكون وصياً في الأنواع كلها عندنا، وعنده: لا. هو رحمه الله تعالى يقول: إن الإيصاء توكيل والوكيل في نوع لا يكون وكيلاً في الأنواع كلها في حالة الحياة، فكذلك بعد الوفاة^(٥). وإنا نقول: [إن]^(٦) الإيصاء نقل الولاية والولاية مما لا يتجزأ إذا ثبتت في نوع ثبت في نوع آخر، وللوصي أن يتجر في مال اليتيم إن شاء يدفع مضاربة ويعمل بنفسه مضاربة ويشهد، وإن لم يشهد كان ما اشترى لليتيم.

أما الأول: فلقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٧) والتصرف من حيث التجارة ليزداد ماله أحسن من ترك التجارة.

وأما الثاني: وهو ما إذا لم يشهد، فلأن الوصي قد يعمل بمال^(٨) الضبي^(٩) مضاربة وقد يعمل غير مضاربة والربح بيع^(١٠) لمال الضبي فلا يستحق الوصي إلا بحجة تثبت عند القاضي وقسمة الوصي على الورثة مع الموصى له يجوز وعلى الموصى له مع الورثة لا تجوز.

أما الأول: فلأن الوصي قائم مقام الموصى والورثة خلف عن الموصى، فكان الوصي قائماً مقام الورثة فصح مقاسمة الوصي لهم عن الورثة.

وأما الثاني: فلأن الموصى له ليس يخلف عن الموصي فلا يقوم الوصي مقام الموصى له.

ولو دفع إلى لموصى له حقه وأمسك نصيب الوارث صغيراً كان أو كبيراً غائباً فهلك نصيبه لم يرجع على الموصى له؛ لأن القسمة قد صحت مع الموصى له عن الورثة الصغار والكبار الغيب فمتى صحت القسمة، كان الهالك نصيب الوارث وإن كان الموصى له غائباً

- | | |
|---------------------|--|
| (١) في «ج»: يدفع | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٧) سورة الإسراء، آية: رقم ٣٤. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج» و«د»: الضبي، وفي «أ»: الموصى وقد أثبت الأول |
| (٥) في «ج»: السمات. | (١٠) في «ج»: تبع. |

فدفع إلى الورثة نصيبهم^(١) وهلك نصيب الموصي له رجع على الوارث بثلت ما قبض^(٢) لأن القسمة لما لم تصح صار الهالك في يد الموصي^(٣) له^(٤) هالكاً على الكل وما بقي في يد الورثة بقي مشتركاً فكان له الثلث.

ولو قسم الميراث بين الصغار وفيهم كبير غائب لم يجز إن لم يكن الوارث الكبير حاضراً. أما إذا كان الوارث الكبير غائباً، فلأن القسمة في معنى البيع والشراء والوصي لا يلي البيع والشراء من الجانبين من الصغيرين بالاتفاق، وأما إذا كان الوارث الكبير حاضراً فالقسمة حرت بين الكبير وبين الوصي وقسمة الكبير على نفسه جائزة وقسمة الوصي على الصغار جائزة.

ولا يجوز تأخير الوصي دين الورثة؛ لأن التأخير تبرع والوصي لا يملك التبرع في مال الصغير، ولو احتال على غريم لهم أملى [منهم]^(٥) حاز؛ [لأنه]^(٦) متى كان الثاني أملى من الأول كان الاحتياك حيزاً لليتيم ويجوز [تصرف]^(٧) الوصي في مال [اليتيم]^(٨) بما هو خير لليتيم، وإن كان مفلساً لم يجز لأن هذا الاحتياك شر لليتيم وإن كان الثاني مثل الأول في الملاءة لا يحوز؛ لأن الجواز معلق بشرط أن يكون الثاني أملى.

للوصي أن ينفق على الضبي ويعلمه القرآن والأدب إذا كان الضبي يصلح لذلك والوصي بذلك مأجور فإن كان لا يصلح لذلك فلا بد أن يكلفه مقدار ما يقرأ في صلاته. قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يبيع الوصي للعروض والحيوان والعقار كله والورثة صغار أو كبار وعلى الميت دين يجوز. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يبيع إلا مقدار الدين ولا يبيع نصيب الكبار، وكذلك لو كان مكان الدين وصية فيحتاج الوصي إلى اتبع فناع، والمسألة بحالها كانت المسألة على الخلاف^(٩) هذا إذا كان الدين والوصية غير مستغرق للتركة و[ها] هنا مسألتان:

إحدهما: هل يبيع الزيادة على قدر الدين والوصية من نصيب الكبير؟ فالمسألة على الاختلاف.

والثانية: إذا كان الورثة صغاراً وكباراً وفي التركة دين ووصية يبيع نصيب الصغير^(١٠) بالإجماع، وهل يبيع^(١١) نصيب الكبير؟ فالمسألة على الخلاف.

فالحاصل: أن عند أبي حنيفة إذا ثبت للوصي ولاية يبيع بعض التركة ثبت له^(١٢) ولاية بيع الباقي. وعندهما رحمهما الله تعالى: لا. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن الوصي باع جميع

- | | |
|------------------------------------|------------------------|
| (١) في «ج»: قدس نصيب الورثة إليهم. | (٧) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ما بقي. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: الوصي. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: الصغار. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج»: وعلى بيع. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |

التركة وله ولاية البيع في البعض^(١)؛ لأن له ولاية بيع نصيب الكبير الحاضر بقدر الدين والوصية وولاية بيع حصة الصغير إذا لم يكن في التركة دين ووصية؛ لأن الكبير حاضر فلا ينفذ البيع في الكل كما لو كان [الكل]^(٢) مشتركاً^(٣) بين الكبير والصغير مستفاداً بالشراء أو بالهبة وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إنه باع جميع التركة وله ولاية البيع في الكل. أما في نصيب الصغير فظاهر، وأما في نصيب الكبير، فلأن الكبير يعجز عن^(٤) حفظ التركة بنفسه على الميت والوصي^(٥) قادر؛ لأن الحمل والأشخاص تشتري بأكثر مما تشتري به الأشخاص والأبعاث، فلو باع الوصي نصيب الصغير^(٦) فإذا طهر دين على الميت يبيع الوصي نصيبه بأربعمائة، ولو باع الكل يبيع الكل بألف وعجز الكبير عن تحصيل زيادة ثمن على الميت بنفسه وإن كان حاصراً ثبت للوصي [زيادة]^(٧) ولاية^(٨) على الكبير، ومتى عجز عن^(٩) الحفاظ بنفسه يثبت للوصي ولاية بيع^(١٠) نصيبه من المنقول إذا كان غائباً. وكذلك الوصي يبيع على الكبير الغائب سوى العقار^(١١) وعلى الصغير كله؛ لأنه يثبت للوصي ولاية حفظ مال الميت نظراً للميت إذا كان الوارث عاجزاً عن حفظه، وفي بيع العروض حال غيبته حفظ على الكبير وهو عاجز عن الحفاظ بخلاف ما إذا كان حاضراً فإنه قادر، وبخلاف العقار^(١٢) فإن بيع العقار حال غيبته ليس بحفظ؛ لأنه لا يخشى عليه التلف إلا إذا كان في الورثة صغار وكبار، فحيث يبيع بحفظه فله^(١٣) بيع نصيبه أيضاً عبد أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وما جاز يبيع جازت إجارته إذا كان الورثة كلهم^(١٤) كباراً غيباً والمستأجر منقولاً؛ لأنه ملك البيع فالإجارة أولى، وإن أجز العقار يجوز أيضاً. فرق بين البيع والإجارة، والفرق: أن الإجارة بيع المنافع، والمنافع مما يتولى^(١٥) ويتلف مكان إجارة العقار بمنزلة بيع العروض، وما ذكرنا في بيع الوصي مال الميت^(١٦) إذا لم يكن عليه دين محيط بالتركة. أما إذا كان للوصي أن يبيع التركة؛ لأن الدين المحيط بالتركة يمنع ثبوت الملك للورثة. هذا إذا لم يقض الورثة الذين ولم ينفذوا الوصية من خالص ماله. أما إذا قضوا الدين^(١٧) ونفذوا الوصية^(١٨) لم يبق للوصي ولاية بيع التركة أصلاً. هذا هو الكلام في وصي الأب.

أما وصي الأم [أو وصي]^(١٩) الأخ بأن ماتت امرأة وأوصت إلى رجل وترك ابناً صغيراً أو مات الرجل وترك أخاً صغيراً فأوصى إلى رجل فلهذا الوصي أن يبيع ما ترك من

(١) في «ج»: البيع. (٢) في «أ»: واجبة: ساقطة، وهي في «د».

(٣) في «ج»: وفي «د»: المشترك، وفي «أ»: المشتري وقد أثبتنا الأول. (٤) في «ج»: من

(٥) في «د»: ساقطة. (٦) في «ج»: الغير. (٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: وفي «د»: ساقطة. (٩) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «ج»: ساقطة.

(١١) في «أ»: وجبة. الضغار، وفي «د»: العقار، وقد أثبتنا الأخير.

(١٢) في «أ»: الضعيف، وفي «ج»: وفي «د»: العقار، وقد أثبتنا الأخير.

(١٣) في «ج»: فملكك، وفي «د»: ملك. (١٤) في «ج»: وفي «د»: كلها.

(١٥) في «ج»: وفي «د»: تنوي، وفي «أ»: يفرى، وقد أثبتنا الأول.

(١٦) في «ج»: وفي «د»: التيمم. (١٧) في «ج»: وفي «د»: ساقطة.

(١٨) في «ج»: وفي «د»: ساقطة. (١٩) في «أ»: ساقطة، وفي «د»: بدون أو

العروض وليس له أن يبيع ما ترك من العقار؛ لأن لهذا الوصي ولاية الحفظ دون التصرف. وبيع العروض من حملة الحفظ؛ لأنه يخشى عليه التوي والتلف، فأما بيع العقار ليس من جملة الحفظ؛ لأنها محفوظة بنفسها محصنة بذاتها، ولا يجوز شراء هذا الوصي على اليتيم إلا الكسوة والطعام خاصة؛ لأن هذا ليس^(١) من باب التصرف، بل من باب الحفظ؛ لأنه ينفي^(٢) به الجوع والحر والبرد.

ولو باع الوصي شيئاً من تركه الميت نسيئة، فإن كان في ذلك ضرر على اليتيم لا يجوز، وإن لم يكن فيه ضرر بأن كان لا يخشى عليه الجحود والمنع عند حلول الأجل يجوز.

ولو ابتاع رجل من مال اليتيم شيئاً بألف [والآخر بألف]^(٣) ومائة والأول أملى من الثاني ينبغي أن يبيع من الأول الذي لا يخشى عليه^(٤) المنع والجحود عند الطلب، وكذلك إجارة دار اليتيم، وكذلك متولي الوقف، وكذلك جميع [أشياء]^(٥) الوقف على هذا القياس، وللوصي أن يوتّل ببيع مال اليتيم^(٦) ممن رأى ويوتّل في تقاضي ديون الميت وأمواله ويبضع له ويودع ماله؛ لأنه قائم مقام الأب والأب يملك هذه الأشياء، فكذا الوصي. قال أبو حنيفة رضي الله تعالى عنه: للوصي أن يعطي لليتيم^(٧) زكاة الفطر، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. وقد محمد وزفر رحمهما الله تعالى: لا يعطي^(٨). وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يضحي له^(٩) إذا كان له مال وهي تعرف في موضعها^(١٠).

ولو مات ولم يوص إلى أحد وله أولاد صغار كان أبوه بمنزلة الوصي في جميع ما ترك الميت؛ لأن الجد قائم مقام الأب عند عدم الأب^(١١) فإن كان الميت^(١٢) أوصى بشيء كان للأب أن ينفذ وصاياه.

ولو مات وعليه ديون كثيرة وله ورثة صغار، وترك ضياعاً، لم يكن للأب أن يبيع شيئاً من تركه الميت. فرق بين الجد ووصي الأب، فإن وصي الأب يملك بيع التركة لمضاء الدين ويملك تنفيذ الوصية، والجد لا يملك بيع التركة. قال^(١٣) شمس الأئمة: ما قال في الكتاب أنه يجوز للوصي بيع عقار الصبي، جواب السلف. أما جواب مشايخنا [المتأخرين]^(١٤) أنه إنما يجوز بإحدى الشرائط، إما أن يرغب فيها بضعف قيمتها أو للتصغير حاجة إلى ثمنه، أو يكون على الميت دين لا وفاء له^(١٥) إلا بها لما ذكرنا أن العقار محصنة فلا يكون بيعها نظراً إلا بإحدى هذه الشروط، وبه يفتى.

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ج»: ينبغي. (٣) في «أ»: ساقطة. (٤) في «ج»: ساقطة.

(٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «ج»: مال اليتيم: ساقطة. (٧) في «ج»: عن اليتيم.

(٨) في «ج»: وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى: لا يعطي: ساقطة، وفي «د»: لا يعطي: ساقطة.

(٩) في «ج»: غلة، وفي «د»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: تصرفها في موضعه، وفي «د»: موضعه.

(١١) في «ج»: عند عدم الأب: ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: الميت، وفي «أ»: الأب وقد أثبتنا الأول.

(١٣) في «ج» و«د»: قال، وفي «أ»: فإن وقد أثبتنا الأول كما في «ج» و«د».

(١٤) في «أ»: ساقطة. (١٥) في «ج» و«د»: غير موجودة.

ولا يجوز إقراض الأب والوصي مال اليتيم، ويجوز إقراض القاضي؛ لأن القاضي قادر على استخراج المال، فكان الإقراض منه نظراً لليتيم بخلاف الأب والوصي، ولا يجوز إقراض الوصي بدين على الميت، ولا بوصية أوصى بها الميت لإنسان، ولا معاً في يديه من تركه الميت بأن ادعى إنسان فأقر به الوصي. أما الذين؛ فلأنه إقرار الوصي على الميت، وإقرار الغير على الغير باطل. وكذلك الوصية وغيرها، وليس للوصي أن يبرئ أحداً من غرماء الميت ولا يحط عنه شيئاً؛ لأن هذا تبرع في حق الغير فلا يصح. أما في الذين الذي وجب بمقتضى الإبراء [منه]^(٢) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى خلافاً لأبي يوسف رحمه الله تعالى. والمسألة معروفة^(٣) وقد مرت في البيوع مع فروعها.

الوصي إذا أراد تنفيذ الوصية من مال نفسه فيرجع^(٤) بذلك على التركة فله ذلك سواء كانت الوصية لله تعالى أو للعباد، وسواء كان الوصي وارثاً أو غير وارث؛ لأن للوصي أن ينفذ مثل هذا في نعمة اليتيم وغيره^(٥).

الوصي إذا صالح فالمسألة على وجهين: إما أن يصالح عن حق الميت على إنسان، أو يصالح عن دعوى الدين^(٦) على الميت.

ففي الوجه الأول: المسألة على أربعة أوجه: إن كان للميت بيعة، أو كان من عليه [الدين]^(٧) مقرأ وكان القاضي قضى له بذلك لا يجوز؛ لأن مبنى الصلح^(٨) على الإغماض والتجاوز بدون الحق، فلا يجوز، وإن لم يكن [له]^(٩) بيعة وكان الخصم منكراً أو لم يكن القاضي قضى جاز؛ لأن فيه تحصيل بعض الحق لليتيم في حال لا يقدر على تحصيل الكل، وهذا نفع لليتيم.

[والوجه الثاني: المسألة على ثلاثة أوجه: إن كان للمدعي بيعة، أو كان القاضي قضى بحقه، أو لم يكن له بيعة، فإن كان له بيعة أو قضى به القاضي جاز، لأن فيه إسقاط [بعض]^(١٠) الحق عن اليتيم، وهذا نفع^(١١) لليتيم^(١٢)، وإن لم يكن له بيعة ولا قضى القاضي به لم يجز؛ لأنه بنفس الدعوى لا^(١٣) يثبت شيء للمدعي، فيكون الصلح تبرعاً فلا يجوز من الوصي، ونظير هذا: السلطان إذا طمع في مال اليتيم فدفن بعض مال اليتيم لدفع ظلمه ينظر: إن أمكنه^(١٤) دفع الظلم من غير أن يعطي شيئاً لا يجوز له أن يعطي، وإن لم يمكنه دفع الظلم إلا بهذا جاز، ولم^(١٥) يضمن.

- | | |
|---|--------------------------|
| (١) في وجه واحد: فيما. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: وجه. ساقطة. |
| (٣) في وجه واحد: ساقطة. | (١١) في «د»: يقع. |
| (٤) في وجه: ليرجع، وفي «أ»: وجه، وقد أثبتنا الأخير. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في وجه: ساقطة. | (١٣) في وجه: لم. |
| (٦) في وجه واحد: الذين، وفي «أ»: الألف، وقد أثبتنا الأول. | (١٤) في وجه: أمكن. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في وجه واحد: ولا. |
| (٨) في وجه: ساقطة. | |

وأما فيما يجوز شراء الوصي شيئاً من مال الميت^(١) وفيما لا يجوز:

أمرأة ماتت وترك زوجاً وأختاً^(٢) وأخاً فأوصت إلى أختها^(٣) وقبل الأخ ذلك. ثم إن القاضي^(٤) اشترى نصيب الزوج من الميراث لنفسه ولم يعرف السانع ذلك وقد كان في التركة وصايا وديون لم ينفذوها وعرف^(٥) المشتري ذلك قبل إنفاذ وصيتها وقضاء دينها. إن أنفذوا الوصايا قبل القسمة^(٦) جاز البيع؛ لأن التركة قد خلت من الوصايا والذين فظهر حق الورثة فوقع البيع جائزاً، وإن لم ينفذوا الوصايا حتى اختصموا إلى القاضي بطل بيعه؛ لأنه متى وقعت فيه الخصومة يجري فيه الزيادة والنقصان، فلا^(٧) يعلم أنه كم هو فيكون هذا بيع المجهول وأنه باطل فيبدأ أولاً بقضاء الذين ثم تنمذ الوصايا ويجعل الباقي ميراثاً بينهم، وليس للوصي أن يشتري شيئاً من تركة الميت وإن اشترى شيئاً من تركة الميت بطل في ذلك^(٨). وجس هذه المسألة^(٩) ثلاث:

إحداها: في الأب.

والثانية: في الوكيل.

والثالثة: في الوصي.

أما الأب: له أن يشتري لنفسه شيئاً من تركة الميت إذا لم يكن فيه ضرر لليتيم إن كان بمثل القيمة وليس للوكيل بالبيع أن يشتري لنفسه.

وأما في الوصي: إذا لم يكن فيه خير لليتيم لا يجوز، وإذا كان فيه خير لليتيم، اختلفوا فيه: قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى، وهو إحدى الزايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى: يجوز، وقال محمد: وهو إحدى الزايتين عن أبي يوسف رحمه الله تعالى^(١٠): أنه لا يجوز [وقد]^(١١) ذكرنا هذه المسألة في^(١٢) كتاب البيوع من هذا الكتاب.

وتفسير قولنا: خيراً لليتيم: إذا اشترى شيئاً لنفسه من مال اليتيم ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعداً، فهذا خيراً لليتيم، وما دونه فلا، وإذا باع مال نفسه من اليتيم ما يساوي خمسة عشر فصاعداً بعشرة فهذا خير لليتيم وبما زاد عليه فلا^(١٣).

وأما فيما لأحد الوصيين أن يتصرف في مال اليتيم وفيما ليس له ذلك:

رحل مات وترك ابناً صغيراً فجاء رجلان يدعيان أنهما وصيان للميت فأقام أحدهما بينة عادلة ولم يقم الآخر لا يجوز له أن يتصرف في مال اليتيم؛ لأنه أقر أنه وصي مع الآخر، ولا يجوز لأحد الوصيين أن يتصرف بغير أمر الآخر.

(١) في «د» اليتيم (٢) في «ج»: واية. (٣) في «ج»: أخيها.
(٤) في «ج»: و«د»: الوصي، وفي «أ»: القاضي، وقد أثبتنا ما في الأول (٥) في «ج»: وعلم.
(٦) في «ج»: الفحص. (٧) في «ج»: فلم. (٨) في «ج»: و«د»: بطل في ذلك. ساقطة.
(٩) في «ج»: و«د»: المسائل. (١٠) في «ج»: يجوز. . . عن أبي يوسف: غير واردة.
(١١) في «أ»: ساقطة. (١٢) في «ج»: من.
(١٣) في «د»: وإذا باع بما زاد عليه فلا: ساقطة، وفي «ج»: فلا: ساقطة.

ولو أوصى إلى رجلين، وقال: كل واحد منهما وصي تام فلكل واحد منهما أن يتصرف^(١) فيه في قولهم جميعاً

ولو أوصى إلى رجلين بأن يتصدقا بكذا^(٢) حنطة على الفقراء فتصدق أحد الوصيين إن كانت الحنطة في ملك الموصي جاز، وليس للآخر أن يمنعه؛ لأنه لا يقتدر إلى الزاوي وإن كان مما يشترى لم يجزه^(٣)، وتكون الحنطة للمشتري، ويصير صدقة منه؛ لأن الشراء لا يجوز إلا باجتماعهما بخلاف الذنوع وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.

رجل مات وأوصى إلى رجلين. قال أبو حنيفة ومحمد لا يفرد كل واحد منهما بالتصرف بل يشترط اجتماعهما، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: ينفردوا جميعاً^(٤) [وأجمعوا]^(٥) أنه ينمرد في أشياء ستة^(٦): تجهيز الميت، وتكفينه، وقضاء الدين، وتفيد الوصية في العتق، وعتق النسمة، ورد الودائع، والغصوب، وشراء ما لا بد للصغير منه من الطعام والكسوة وغيرهما، وعلى هذا الخلاف: إذا أوصى أن يتصدق بكذا وكذا من ماله ولم يعين الفقراء أو أوصى بشيء للمساكين ولم يعين مسكيناً، وإن عين، ينفرد أحدهما بالإجماع.

قال الشيخ الإمام شمس الأئمة الحلواني رحمه الله تعالى: وكان مشايخنا رحمهم الله تعالى يظنون أنه إذا أوصى بشيء من أبواب السر^(٧) أن ينفرد أحدهما بتنفيذ الوصية وليس الأمر كما ظنوا، بل الجواب على الوجه الذي ذكرنا. هكذا قال رحمه الله تعالى: هذا إذا أوصى إليهما جملة أما إذا أوصى إلى أحدهما أولاً، ثم أوصى إلى الآخر. اختلف المشايخ فيه، منهم من قال: ينفرد كل واحد منهما بالتصرف كما لو وكل رجلاً ببيع شيء يعينه، ثم وكل آخر ببيع ذلك الشيء^(٨) ومنهم من قال: [على]^(٩) هذا الخلاف. أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: فرقا بين هذا وبين الوكالة، والفرق: وهو أن أوان^(١٠) وحوب الوصية ما بعد الموت سواء قدم وصية هذا أو وصية هذا^(١١) فصار أوان وجوبها ما بعد الموت فصار الإيصاء إليهما في وقت واحد ولا^(١٢) كذلك الوكيل؛ لأن أوان وجوبه أوان التوكيل ووقت التوكيل مستغرق^(١٣) فلم يكن هذا توكيلاً لهما

أحد الوصيين إذا باع أحدهما من الآخر لا يجوز؛ لأن البائع لو طالبه بأداء الثمن يقول: أعطيك النصف وأحتبس النصف، ولو كان للميت على أحد الوصيين دين فأذاه إلى الآخر لا يجوز ولا يبرأ.

ولو قال لأحدهما: أنت وصيي في قضاء^(١٤) ما علي من الدين وقال للآخر: أنت

- | | |
|--|-------------------------------------|
| (١) في «ج» و«د». غير... أن يتصرف: ساقطة. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: بكر. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: يجوز. | (١٠) في «د»: ساقطة. |
| (٤) في «ج» و«د»: ساقطة. | (١١) في «ج» و«د»: ذلك. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: وليس. |
| (٦) في «د»: ساقطة. | (١٣) في «ج»: ينفرد. وفي «د»: متفرق. |
| (٧) في «د»: الخبرات. | (١٤) في «ج»: ساقطة. |

وصي في القديم بأمر مالي وفي أمر ولدي، فإنهما يصيران وصيين في جميع الأنواع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وعندهما رحمهما الله تعالى: يصير وصياً فيما أوصى إليه بهاء على أن من أوصى إلى رجل في نوع هل يصير وصياً في الأنواع كلها؟ فرق أبو حنيفة رحمه الله تعالى بين هذا وبين الوكيل^(١): فإن الوكيل في نوع^(٢) لا يكون وكيلاً في الأنواع كلها بالإجماع، والفرق: وهو أن الولاية الثانية بالإيصاء لا تحتمل الوصف بالتجزئ؛ لأن الوصي قائم مقام الموصى وإن كان^(٣) ولاية الموصي غير محتملة للوصف بالتجزئ. فكذلك ولاية الوصي ولا كذلك الوكالة؛ لأن التوكيل إنابة، وقد أتاه في نصرف فلا يتعدى عن ذلك إلى غيره.

ولو^(٤) أوصى إلى رجلين فمات أحدهما ولم يوص إلى الآخر فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: ليس للوصي الآخر أن يعمل شيئاً حتى يرفع الأمر إلى الحاكم فإن رأى أن يجعله وصياً وحده فعل وإن رأى أن يضم إليه رجلاً [آخر]^(٥) مكان الميت فعل؛ لأن الميت رضي برأيهما دون رأي أحدهما. أما على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: ينفرد الحي منهما بالتصرف كما في حالة الحياة، وعلى هذا الخلاف: إذا أوصى إلى رجلين ومات فقبل أحدهما الوصية ولم يقبل الآخر أو مات أحدهما قبل موت الموصي، وقبل الآخر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا ينفرد هذا القابل بالتصرف، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: ينفرد، وعلى هذا الخلاف: إذا أوصى إلى رجلين ففسق أحدهما فإن شاء القاضي أطلق للثاني أن يتصرف وحده، وإن شاء ضم إليه وصياً آخر واستبدل الفاسق، والعدل لا ينفرد بالتصرف، عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى. وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: ينفرد بالتصرف.

رجل أوصى بأن يشتري له عبداً بكذا ويعتق عنه وله وصيان ولأحدهما عيد^(٦) ليس للآخر أن يشتري منه؛ لأن الشراء لا يصح إلا من الوصيين إلا أن يقول في وصيته: قد فوضت الوصية إلى كل واحد منهما^(٧) فحينئذ ينفرد أحدهما بالشراء، والحيلة فيه: أن يبيع من غيره ثم يشتري منه بعد التسليم إلى المشتري.

وأما فيما للوصي أن ينفذ الوصية في غير ما أضيف إليه الوصية وفيما ليس له ذلك،
الغ:

رحل أوصى بوصايا فأعذت وصاياه بدراهم زينة فهذا على وجهين: إما إن كانت [الوصايا]^(٨) لقوم بأعيانهم أو كانت للمفقر؟ فإن كانت لقوم بأعيانهم^(٩) وأعطاهم ورضوا

- | | |
|-----------------------------------|--|
| (١) في «د»: الوكالة. | (٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: هل يصير... فإن الوكيل | (٦) في «ج»: «د»: عد. |
| (٣) في نوع. ساقطة. | (٧) في «د»: مكما. |
| (٤) في «ج»: ولأن، وفي «د»: وكان. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: أو كانت للمفقر... بأعيانهم. ساقطة. |

بذلك مع علمهم بوصيته جاز، لأنهم رضوا بأدون من حقهم، وإن كانت للفقراء وكذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهم الله تعالى، بمرة رجل عليه خمسة جيات فأعطاه خمسة رديئة.

رجل أوصى بأن يتصدق عنه بألف درهم حنطة إن أعطاه حنطة حاز، وإن أعطاه دراهم مكان الحنطة جاز سواء كانت الحنطة موجودة أو لم تكن، ولو كانت الوصية بالدرهم فأعطاه الحنطة، اختلفوا فيه، والصحيح: أنه لا يجوز، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى ذكره في «التوازل»؛ لأن^(١) في الفصل الأول نص على الحنطة فإن أعطاه دراهم فقد أعطى الحنطة معنى فلا تفاوت فيه. أما في الفصل الثاني: نص على لدرهم فبفيد^(٢) تنصيصه وهذا الفرق لا يتصح إذ^(٣) لا فرق بينهما من حيث التنصيص.

ولو أوصى بهذه البقرة لفلان ليس للورثة أن يمسكوا ذلك ويدفعوا قيمته بخلاف ما إذ قال للمساكين؛ لأن الوصية كانت للإنسان معلوم يحتاج إلى قبوله، فإذا قل فقد ملكه وليس للورثة أن يغيروا ملكه. أما الوصية للفقراء فلا يحتاج فيه إلى القبول، وإنما قصد التقرب^(٤) وذلك حاصل بأداء القيمة كما هو حاصل بأداء العين.

رجل أوصى بمائة درهم لممرمة مسجد فلان وتحت المسجد نهر قد اتسد^(٥) وكان للمسجد ضرر منه ولم يصلحه أحد كان للوصي أن يصرف من ذلك إلى إصلاح النهر؛ لأن ذلك من جملة ممرمة المسجد.

رجل أوصى بثلاث ماله إلى^(٦) رباط فلان وفي الرِّباط [قوم]^(٧) مقيمون إن كان فيه دلالة أنه أراد به الضرف إليهم يصرف إليهم، وإلا فيصرف إلى العمارة.

رباط في بعض الثغور يحتاج إلى العمارة فقام بعض [الناس]^(٨) بإعانة ذلك وأراد القيم أن يطعمهم^(٩) من غلة الرِّباط إن أخبر بذلك لا ينبغي له أن يطعمهم من ذلك وإن لم يعيروه إلا بإطعامهم وسعه ذلك؛ لأنه لو لم يفعل عسى يذهب بفقته وأجر العمال أضعاف ذلك. ولو أن القيم صرف بعض الغلة إلى حوائج نفسه على أن يرده إليه عند العمارة ما^(١٠) ينبغي له أن يفعل ذلك ويتزهد أشد التزهد فإن فعل رجوت أن يبرأ عن^(١١) الضمان.

ولو أنه أقرض [التاجر]^(١٢) ليأخذ^(١٣) عند الحاجة وذلك أحرز للغلة من الإمساك رجوت أن^(١٤) لا يكون به بأس.

- | | |
|------------------------|------------------------|
| (١) في نسخة: وإن. | (٨) في دأ: ساقطة |
| (٢) في نسخة: وفيه | (٩) في دأ: يعطيهم |
| (٣) في نسخة: أو. | (١٠) في نسخة: ودأ: لا. |
| (٤) في نسخة: التفرق | (١١) في نسخة: من. |
| (٥) في نسخة: ودأ: فسد. | (١٢) في دأ: ودأ: ساقطة |
| (٦) في نسخة: ودأ: على. | (١٣) في نسخة: ساقطة |
| (٧) في دأ: ساقطة. | (١٤) في نسخة: ساقطة. |

رجل أوصى، وقال: تصدقوا بهذا الثوب فلهم الخيار إن شاؤوا تصدقوا بعينه، وإن شاؤوا تصدقوا بثمنه وإن شاؤوا أمسكوا الثوب وتصدقوا بقيمته؛ لأن التصدق بنفسه والتصدق بقيمته سواء كمن^(١) أوصى أن يباع العبد ويتصدق بثمنه هو بالخيار إن شاء تصدق بنفسه وإن شاء تصدق بثمنه كذا هنا.

رجل أوصى بأن يشتري بهذه الألف ضيعة وتوقف على المساكين ولم يوجدوا^(٢) ضيعة هناك فأرادوا أن يصرفوا ذلك إلى مرمة المسجد أو يشتروا ضيعة في موضع آخر. فليس للوصي أن يصرف ذلك إلى مرمة المسجد بل يشتري ضيعة في موضع آخر وتوقف على مساكينها^(٣) تنفيذ الوصية كما أمروا^(٤)، ولو أثلف الرصي ذلك الألف صمن من ماله مثله ويشتري [به]^(٥) الضيعة.

ولو أوصى بأن يتصدق من ماله بشيء على فقراء الغزاة أو الحجاج جاز لهم أن يتصدقوا على غيرهم من الفقراء كما إذا^(٦) أوصى بأن يتصدق على فقراء مكة جاز له أن يتصدق على فقراء غيرها وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

ولو أوصى بأن كفن من ثمن فلان فله يعطه الوصي وكفنه من ثمن شيء آخر لا يضمن الوصي وذلك^(٧) يكون للتركة؛ لأن التعيين [غير]^(٨) مقيد.

امرأة أوصت بأن يعطى من ثلث مالها قوماً معينين فطلب الوصي ولم يجدهم وكان في الورثة فقراء فطلبوا من الوصي أن يدفع ذلك إليهم فهذه وصية صحيحة لذلك انقوم، وليس بميراث ولا يعطى لهم إلا باتفاق باقي الورثة على ذلك^(٩)؛ لأنهم وغيرهم في الحاجة سواء، وإنما^(١٠) شرط رضاهم؛ لأن تعيين الوصي كتعيين الموصى، ولو عين الموصى للورثة في الابتداء يحتاج إلى رضى الباقي كذا هنا.

رجل أوصى بأن يشتري بعد موته كذا [مأ]^(١١) من شعير، وكذا [منا]^(١٢) من حنطة، ويفرق^(١٣) على الفقراء وللحميت حنطة وشعير فلا بأس بأن يقوم مال الميت على قيمة معلومة، فإذا بلغ مقداراً ما أمر^(١٤) الميت يتصدق من هذه الحنطة والشعير؛ لأنهما سواء.

ولو أوصى بأن يتصدق على أهل مكة فتصدق بها على أهل الكوفة جاز؛ لأن المقصود هو التصدق والتصدق على الكل سواء.

- | | |
|--------------------------|----------------------------|
| (١) في «ج»: كما. | (٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «ج» و«د»: يوجدوا. | (٩) في «ج»: على ذلك ساقطة. |
| (٣) في «ج»: المساكين. | (١٠) في «ج»: وأنا. |
| (٤) في «ج» و«د»: أمر. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج» و«د»: لو. | (١٣) في «ج» و«د»: ويتصدق. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٤) في «ج» و«د»: آخر. |

وأما فيما يضمن الوصي بالتصرف^(١) وفيما لا يضمن:

سلطان جائر أراد أن يأخذ من مال اليتيم شيئاً بتهديد إن أعطاه الوصي خوفاً على نفسه بالقتل أو بإتلاف عضو من أعضائه فلا ضمان عليه؛ لأنه مجبور في ذلك. هذا إذا حاف بالقتل، وإن^(٢) خاف الصرب والحبس فلا يكون مكرهاً فيضمن بالإعطاء.

ولو أوصى بثلث ماله للفقراء وأعطى الوصي الأغنياء وهو لا يعلم بذلك لا يجوز وهو ضامن لمثله للفقراء في قولهم جميعاً.

ولو أوصى أن يطعم عنه عشرة مساكين عن كفارة يمينه ففداهم ثم^(٣) ماتوا [فقدى عشرة، وعشئ عشرة لا يضمن الوصي بما فعل، ولو قال: أطعموا عني عشرة مساكين ففداهم فماتوا]^(٤) [العشرة^(٥) فعشئ عشرة أخرى لا يضمن وهذا استحسان، والقياس أن يضمن الوصي.

رجل أوصى إلى رجل وامرأة بأن يفرق ثلاثمائة قفيز حنطة بعد وفاته على الفقراء. ففرق الوصي مائة من ذلك في حياته ومائتين بعد وفاته فإنه يضمن ما فرق في حال حياته بمثله؛ لأنه تصرف في ملكه بغير أمره^(٦)، وإن أدى ما ضمن للفقراء بعد موته إن كان^(٧) ذلك بأمر القاضي فإنه يجوز ويبرأ عن الضمان؛ لأن ما ضمن فهو ملك الورثة في ذمته، فأراد أن يصرف ذلك عما أوصى به فلا يجوز ذلك إلا بأمر القاضي فإن فعل ذلك بأمر الورثة إن كان في الورثة صغار فلا يجوز بحصتهم، وإن كانوا كلهم كباراً جاز ذلك ومراً عن الضمان.

رجل أوصى بأن يعتق عبداً له فجنى العبد حنابة بعد موت الموصي فأعتقه الوصي إن كان عالماً بالحنابة فهو ضامن للحنابة، لأن له أن يفدي وأن يدفع فإذا أعتقه فقد ترك النفع مع القدرة عليه فيضمن، ولو لم يعلم تجب عليه قيمة العبد؛ لأنه صار مستهلكاً ولا يرجع بذلك على الورثة؛ لأن الميت إنما أوصى بعرق عبد غير جاني، وهذا عرق عبداً قد جنى فقد خالف.

مريض اعتقل لسانه وله مال في يدي وصيه فأنفق عليه من ذلك فهو ضامن إلا أن يكون أنفق عليه بأمر القاضي وإن^(٨) كان وكيلاً له في الثقة حال حياته فأنفق فإنه لا يضمن.

الوصي إذا زاد على كفن مثله فإن زاد في العدد ضمن بقدر الزيادة وإن كان زاد في القيمة فإنه^(٩) يكون مشترئاً لنفسه وهو ضامن لمال الميت.

ولو دفع الوصي المال إلى اليتيم بعدما أدرك ولم يؤنس منه رشد ثم ضاع بعد ذلك

(١) في نسخة: بالتصدق.

(٦) في نسخة: إدمه.

(٢) في نسخة: وإذا.

(٧) في نسخة: موته إن كان ساقطة.

(٣) في نسخة: ساقطة.

(٨) في نسخة: وده: أو.

(٤) في نسخة: ثم ماتوا.

(٩) في نسخة: ساقطة.

(٥) في نسخة: ساقطة وهي في نسخة: وده.

فإنه ضامن؛ لأنه دفعه إلى من ليس^(١) له أن يدفع إليه.

رجل اشترى عبداً بألف درهم وقبض ولم ينقد الثمن ولا مال له إلا العبد وعليه دين ألف درهم سوى ثمن العبد وأوصى إلى رجل ومات^(٢) فباع الوصي هذا العبد بألف درهم من أجبي وقبض منه الألف ودفعها إلى البائع بدينه، ثم جاء الغريم الآخر كان له الخيار فإن شاء ضمن الوصي نصف ما دفع وإن شاء شارك البائع فيما قبض؛ لأن الوصي لما قبض الثمن الألف من الأجنبي فقد تعلق حق كل واحد من الغريمين بهذا الألف فإذا دفع الألف كله إلى البائع فقد وقع^(٣) نصف حق الغريم الآخر [إلى البائع بغير إذنه والحق في إيجاب الضمان بمنزلة الحقيقة.

وصي الميت إذا أراد قضاء^(٤) ديون الميت من التركة ويخاف أن يظهر غريم آخر فيضمن نصيبه فالحيلة في ذلك: أن يبيع منهم شيئاً من التركة بما لهم من الدين حتى إذا ظهر على الميت دين آخر لا يصير الوصي ضامناً.

وأما فيما يصير الوصي والوارث متبرعاً في قضاء دين الميت من مال نفسه وفيما لا يصير متبرعاً:

الوصي أو الوارث [إذا كفنوه من مال نفسه لا يكونوا متطوعين ولهم أن يرجعوا في تركته، وكذا]^(٥) إذا قضوا دين الميت من مالهما، وكذلك لو اشترى الوصي^(٦) كسوة الضغير أو اشترى ما أنفق عليه لا يكون متبرعاً^(٧) ولو كان للميت وصي أجنبي ففضى الوارث دينه أو كفنه بغير أمر الوصي^(٨) فله أن يرجع بذلك في^(٩) الميراث.

وأما فيما يجوز تصرف [الوارث]^(١٠) في مال الميت من تنفيذ الوصية، وقضاء الدين والخصومة وإبراء الدين وغيره:

رجل مات وعليه دين، وأوصى بوصايا، وقد أوصى إلى رجل فمات الوصي واجتمع الورثة على بيع شيء من التركة لقضاء الديون وتنفيذ الوصايا ينبغي أن يرفعوا الأمر إلى القاضي حتى يأمرهم بذلك فإن لم يرفعوا كان البيع فاسداً؛ لأنه لا حق لهم في التركة مهما كان فيه^(١١) الدين والوصايا فقد فعلوا ما فعلوا بغير حق فيكون فاسداً، ولو باع الوارث شيئاً من التركة أو العقار وقد بقي على الميت دين، أو وصايا فأراد الوصي أن يرده لنفسه فليس له ذلك إذا كان في يده شيء من التركة فيستطيع أن يبيعه وينفذ الدين والوصية^(١٢) منه.

غريم الميت إذا دفع [الدين]^(١٣) إلى أحد الورثة يبرأ عن الدين في نصيب هذا الوارث

- | | |
|-------------------------|-------------------------|
| (١) في دا: ساقطة. | (٨) في دا: الوصي. |
| (٢) في ح: ودا: ثم مات. | (٩) في ح: ودا: من |
| (٣) في ح: ساقطة. | (١٠) في دا: ساقطة |
| (٤) في دا: ساقطة. | (١١) في دا: ساقطة. |
| (٥) في دا: ساقطة. | (١٢) في ح: ودا: الوصايا |
| (٦) في ح: الميت. | (١٣) في دا: ساقطة. |
| (٧) في ح: ودا: متطوعاً. | |

خاصة دون ما سواه من الورثة وكان لمن بقي من الورثة أن يطالبوه بقضاء الدين ولو دفع الذين إلى وصي الميت يبرأ عن الذين أصلاً؛ لأن الوصي أخذ الذين للموصي فكان الدفع إلى الوصي كالدفع إلى الموصي فيبرأ مطلقاً. أما الوارث إذا^(١) أخذه لنفسه كان حصمه في حقه لا في حق غيره ولهذا لو دفع المكفول به إلى وصي الميت يبرأ عن الكفالة وإن لم يكن له وصي، وله^(٢) ورثة فدفع الكفيل المكفول به إلى وارث الميت يبرأ في حق ذلك الوارث خاصة لما قلنا فكذا هنا.

الوارث له أن يخاصم غرماء الميت الذين عليهم الدين للميت سواء كان على الميت دين أو لم يكن [وهل له أن يقبض الدين؟ ينظر إن لم يكن على الميت دين يقبض سواء كان للميت وصي أو لم يكن]^(٣). أما إذا كان على الميت دين فللوارث أن يخاصم أما لا يقبض وإنما يقبضه الوصي إذا كان له وصي؛ لأنه إذا كان على الميت دين لا يثبت الملك للورثة قبل قضاء الدين ولا يثبت له حق الأخذ^(٤).

وأما فيما يجبر عليه وفيما لا يجبر:

جدار بين صغيرين لهما وصيان، ولكل واحد منهما^(٥) عليه^(٦) حمولة، فوهن الجدار وأراد السقوط فأراد أحدهما أن يصلحه وأبى الآخر يجبره القاضي على الإصلاح؛ لأنه ليس للوصي أن يرضى بضرر القيم بخلاف ما إذا كان الجدار بين كبيرين؛ لأن له أن لا يصلح ملك نفسه ويرضى بضرر نفسه.

وأما فيما يجوز للقاضي أن ينصب وصياً في تركة الميت وفيما يجوز نصرف وصي الميت وفيما لا يجوز:

رجل مات وقد أوصى إلى رجل، فجاء رجل يدعي ديناً على الميت والوصي غائب، ينصب القاضي خصماً عن^(٧) الميت حتى يخاصم عن^(٨) الغريم ليصل^(٩) إلى حقه. ألا ترى: أن الوصي لو كان حاضراً وأقر بدين ينصب القاضي خصماً عن الميت ليصل المدعي إلى حقه؛ لأن إقرار الوصي عن^(١٠) الميت لا يجوز ولا يملك المدعي أن يخاصم الوصي فيما أقر به.

رجل مات ولم يوص إلى أحد فجعل الحاكم في تركته وصياً فادعى عليه بدين على الميت ووديعة عنده وادعت المرأة مهرها فليس للموصي أن يقصي الذين ويدفع الوديعة من خير حجة. وأما مهر المرأة إن كان قد بنى بها فإنه يمنع عنها مقدار ما جرت العادة في تعجيله [لها]. والقول في ذلك قول الورثة؛ لأنه الظاهر شاهد لهم وفيما زاد على ذلك

- | | |
|-------------------------------|---------------------|
| (١) في آية: ساقطة. | (٦) في آية: عليهما. |
| (٢) في آية: ساقطة. | (٧) في آية: على |
| (٣) في آية: ساقطة. | (٨) في آية: ساقطة |
| (٤) في آية: واده: الحق الآخر. | (٩) في آية: حتى يصل |
| (٥) في آية: ساقطة. | (١٠) في آية: على |

القول قولها إلى مقدار مهر مثلها.

أشجار الأيتام باعها عمهم ولم يكن لهم وصي، ثم جعل القاضي لهم وصياً فأجاز ذلك. جاز استحساناً إن كان المبيع قائماً؛ لأن^(١) هذا بيع موقوف على الإجازة وقد أجاز من له ولاية الإجازة فينفذ.

رجل رل^(٢) بيت رجل [وهو غريب]^(٣)، فمات وترك درهم فإنه يرفع^(٤) الأمر إلى القاضي ليأمره بإصلاح أمره من الكفن وغيره حتى لا يكون معاتباً ولو لم يكن ثمة حاكم يكفنه كفن مثله وإذا جعل القاضي وصياً على اليتيم جاز له في ما اليتيم ما يحوز للموصي من حصة الأب؛ لأن وصي القاضي بمنزلة وصي الأب فيجوز له ما يحوز لوصي الأب إلا أن القاضي متى استثنى التصرف في العقار للموصي الذي نصيبه يعمل بهذا الاستثناء منه حتى لا يملك التصرف في العقار والأب لو استثنى التصرف للموصي في العقار لا يعمل هذا الاستثناء منه حتى يملك التصرف في العقار والمعقول جميعاً؛ لأن ولاية الأب لا تحتمل الوصف بالتحدي^(٥)؛ لأنه لا يجوز أن يكون أباً في بعض الأشياء دون البعض فإذا ثبت لغيره ثبوت مطلقاً كما كان قائماً ولاية القاضي^(٦) مما يحتمل الوصف بالتجزئة فإنه يجوز أن يخلد في بعض الأشياء دون البعض فكنذلك ملك إثباته لغيره، وإن لم يجعل وصياً عليه ولكن جعله قياً له فهذا القيم لا يملك التصرف بخلاف الوصي؛ لأن الوصايا إثبات ولاية التصرف له على الإطلاق فيملك التصرف على الإطلاق فأما القومة عبارة عن الحفظ لا عن التصرف فيملك الحفظ ولا يملك التصرف وهذا القيم يملك شراء ما لا بد للضغير منه وكل ما كان من جهة الحفظ على ما ذكرنا قبل هذا. والله تعالى أعلم.

وأما فيما يجوز للقاضي أن يعزل وصي الميت وفيما لا يجوز:

الوصي من جهة الميت إذا كان عدلاً كافياً لا ينبغي للقاضي أن يعزل هذا الوصي؛ لأنه قائم مقام الميت فليس للقاضي ولاية الحجز على العدل الزئيد فكنا من قام مقامه، ومع هذا لو عرله ينزل ويصير القاضي جائراً؛ لأن قضاء القاضي وقع في محل القضاء فينفذ.

وصي الميت إذا كان عدلاً غير كفٍ لا ينبغي للقاضي أن يعزله لكن يضم إليه آخر كفناً؛ لأن تمام النظر فيه ومع [هذا]^(٧) لو عزله ينزل الوصي لما قلنا بل أولى.

وأما فيما يوجب إخراج الوصي^(٨) عن الوصاية وما لا يوجب:

الوصي إذا اتهمه القاضي بالجناية أو صار فاسقاً معروفاً بالشر لا يحرجه القاضي^(٩) عن الوصاية بل يجعل معه وصياً آخر غيره وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن

(٦) في «ج»: القضاء.

(٧) في «ه»: ساقطة.

(٨) في «ج»: الموصي.

(٩) في «ج»: ساقطة.

(١) في «ج»: كل.

(٢) في «ج»: ترك.

(٣) في «ه»: ساقطة.

(٤) في «ج»: يرجع.

(٥) في «ج»: بالتجزي.

الموصى رضي بكونه وصياً وأمكن دفع ما صدر منه^(١) من الحيانة، يجعل غيره معه فلا حاجة إلى نقض الوصية الأولى.

الوصي إذا قال: لي على الميت دين يقول له القاضي: إما أن ترثه من الذين الذي عليه أو تقيم البيّنة ويستوفي وإلا أخرجتك عن الوصايا، فإن لم يفعل يخرجته عن الوصايا، ويجعل مكانه آخر؛ لأنه لو ترك استحل الأخذ من مال الميت.

وأما فيما يملك الوصي إخراج نفسه عن الوصاية وفيما لا يملك:

ولو قبل الوصي الوصايا أو تصرف بعد موت الموصى حتى صار وصياً ثم أراد أن يخرج نفسه عن الوصايا نظر القاضي فإن كان مأموناً قادراً على التصرف لم يخرجته وإن عرف عجزه أو كثرة أشغاله، أخرجه؛ لأن إبقائه عليه يضر به.

والحيلة في إخراج نفسه عن الوصايا^(٢) بعد القبول: أن يدعي الوصي على الميت شيئاً حتى يتهمه الحاكم فيخرجه عن^(٣) ذلك.

وأما فيما يثبت للأب ولاية التصرف في مال اليتيم وما لا يثبت:

يتيم له أب وله مال فإن كان الأب مبدراً، مسرفاً لا تثبت الولاية للأب في مال اليتيم ويوضع ماله في يدي العدل إلى وقت الحاجة أو إلى^(٤) وقت بلوغ الصغير، ولو مات الأب بعد ذلك، فأوصى إلى رجل فوصي الأب أولى بحق الصغير من وصي الأم؛ لأن وصي الأب قام مقام الأب. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الثاني

فيما يصير وصياً وفيما لا يصير إلى آخره

رجل أوصى إلى رجل وأمره أن يعمل برأي فلان، فهو وصي له، وله أن يعمل بغير رأيه. ولو قال: لا تعمل إلا برأي [فلان]^(٥) فهما وصيان؛ لأن في الأول مشورة مه وفي [الفصل]^(٦) الثاني: نهاء أن يعمل برأيه ما لم يضم إليه رأي^(٧) فلان.

وكذا لو قال: اعمل بعلم فلان وصار كمن وكل وكيلاً، وقال له: يع بشهود فباع بعير شهود جاز، ولو قال له^(٨): لا تبع إلا بحضرة فلان، لا يجوز له أن يخالف فكذلك ما هنا.

رجل أوصى بوصايا وكتب في ذلك كتاباً ثم قال^(٩): نفذوا ما في هذا الكتاب فهذه وصية جائزة. هكذا روي عن محمد بن مقاتل ونصر بن يحيى رحمهما الله تعالى.

- | | |
|------------------------------|--|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٦) في «ه»: ساقطة، وهي في «ج» و«د» وقد أشتتها. |
| (٢) في «ج»: عن الوصايا ساقطة | (٧) في «ج» و«د»: رأي، وفي «ه»: رضي وقد أتت الأول |
| (٣) في «ج»: على. | (٨) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: أولى. | (٩) في «ج»: وقال. |
| (٥) في «ه»: ساقطة. | |

مريض أراد أن يوصي ولا يقدر على التكلم^(١) باللسان فأوماً برأسه إلى رجل ويعربون أنه يقول شيئاً ويريد به الإيصاء، بصير وصياً.

رجل قال: استأجروا فلاناً، ينفذ وصاياي يصير وصياً؛ لأنه نص على معنى الوصايا.

مريض قال لرجل: اقض ديني يصير وصياً؛ لأن قضاء الدين منه بعد الموت لا يكون إلا بالوصاية، والوصي في النوع وصي في الأنواع كلها كالمأذون^(٢) في الشرع يكون^(٣) مأذوناً في الأنواع كلها لما ذكرنا قبل هنا.

قوم اجتمعوا عند مريض^(٤) فخاطبهم وقال^(٥): افعلوا كذا بعد موتي فالكمل أوصياء، ولو سكتوا حتى مات المريض فقبل بعضهم دون البعض إن كان القابل اثنين أو أكثر صاروا أوصياء ويجوز لهم تنفيذ الوصية إن كان واحداً صار وصياً غير أنه لا يجوز له تنفيذ الوصية، ما لم يرفع الأمر إلى الحاكم فيظطر إليه آخر أو يطلق له في التصرف؛ لأنه يصير كأنه أوصى إلى رجلين فلا ينفرد أحدهما بالتصرف.

رجل أوصى لرجل كل شهر بعشرة دراهم^(٦) يعطى له شهراً واحداً إلا أن يقول: ما دام حياً أو أبداً، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وروي فيه: أنه يعطى كل شهر عشرة وإن لم يذكر أبداً: أو ما دام حياً. قال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى وهذا أحب إلي.

رجل قال^(٧) لآخر: اقض ديني بعد موتي واشتر كفني ونفذ وصاياي فهو وصي؛ لأن لميت في هذا حقاً.

ولو قال: يع داري أو عبيدي فليس بوصي؛ لأنه لم يكن له^(٨) فيه حق.

ولو قال: أعط ألف درهم من يحنج عني فليس هذا بوصية؛ لأنه لم يأمره أن يعطي إنساناً بعينه.

ولو جعل داره صدقة في المساكين^(٩) إن كان في مرضه^(١٠) جازت الوصية؛ لأن الوصية لم توجد لفظاً؛ لأنه لم يقل: أوصيت بداري صدقة على المساكين فقد وجدت الوصية حكماً؛ لأن التبرع في مرض الموت وصية حكماً حتى تعتبر من ثلث المال، ولو وجدت الوصية حقيقة زال عن ملكه بموته ولم يصير ميراثاً عنه فكذا هنا.

ولو قال في مرضه: ثلثي لفلان جاز استحساناً؛ لأن قوله: ثلثي لفلان إن كان يحتمل ثلث نفسه، ويحتمل ثلث ماله إلا أن الظاهر أنه أراد به^(١١) ثلث ماله؛ لأن الوصية ثلث

(٧) في «ج»: لرجل كل شهر... وهذا أحب إلي. رجل قال: ساقطة.
(٨) في «د»: ساقطة.
(٩) في «ج»: للمساكين.
(١٠) في «ج»: وصية.
(١١) في «ج»: ساقطة.

(١) في «ج»: أن يتكلم.
(٢) في «ج»: كالمأذون.
(٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «ج» و«د»: مريض. وفي «أ»: موصي وأثبتنا الأول.
(٥) في «ج» و«د»: ثم قال.
(٦) في «د»: ساقطة.

نفسه باطلة. فالظاهر من حال العاقل أن يقصد الصحة فكان المراد ثلث ماله أكثر ما في الباب أنه يحتمل الهبة. وهبة المشاع باطلة لكن حاله دل على أنه أراد به الوصية؛ لأنه ذكرها في حلال^(١) الوصايا وبذلك [إذا]^(٢) أضافها إلى ما بعد الموت بأن قال: بعد موتي حتى لو لم يكن في حلال الوصية ولا أضافها إلى ما بعد الموت كانت هبة، فلا تصح ولو قال في مرضه في خلال الوصايا: سدس داري لفلان جاز ولم يكن إقراراً إلا أن يقول: لفلان سدس وإذا في داري فهو إقرار وليس بوصية، والفرق: أن في الوجه الأول أضاف السدس إلى داره والإضافة تقتضي أن يكون المضاف ملك المضاف إليه، فافتضى إصافه السدس إلى داره أن يكون السدس ملكاً له كما اقتضى أن تكون الدار ملكاً له وإذا بالوصية وفي الوجه الثاني: لم يضاف^(٣) السدس إلى داره وإنما جعل داره ظرفاً للسدس، ومن ضرورة كون الشيء ظرفاً^(٤) لغيره أن يكون المظروف فيه إما لا يقتضي أن يكون المظروف لصاحب الظرف كما لو قال^(٥): لفلان ثوب في داري فلم يكن في لفظه ما ينبىء عن كون السدس ملكاً له فجعل هذا إقراراً منه. وكذلك لو قال^(٦): ألف درهم في مالي، ولو قال: من مالي كانت وصية إن كان في ذكر وصيته؛ لأن في الوجه الأول: لم يضاف الألف إلى نفسه، وإنما أضافها^(٧) إلى فلان، فافتضى أن تكون ملكاً لفلان فكان إقراراً، وفي الوجه الثاني: أضافها^(٨) إلى نفسه؛ لأن كلمة من للتبعية وإذا كان الكل مضافاً إليه كان البعض مضافاً إليه.

ولو قال: عبدي هذا لفلان ولم يكن في ذكر وصية كان هبة؛ لأنه أضاف العبد إلى نفسه فافتضى أن يكون ملكاً له ثم صار ملكاً لفلان بتمليكه فكانت هبة، ولو قال: هذا العبد لفلان فهو إقرار، لأنه لم يضاف العبد إلى نفسه وإنما أضافه إلى فلان فافتضى أن يكون ملكاً لفلان بتمليكه فكان إقراراً.

ولو قال: ثلث من داري لفلان^(٩) لم يكن إقراراً؛ لأنه هبة.

ولو قال: أوصيت أن يوهب ثلث^(١٠) داري بعد موتي كانت وصية؛ لأنه نص على الوصية، وهو على الإضافة بعد الموت فكانت وصية والشيوع لا يمنع صحة الوصية.

وكذلك لو قال: سدس داري لفلان هبة^(١١) وصية بعد موتي أو صدقة كانت وصية؛ لأنه أضافها إلى ما بعد الموت، وكل تبرع مضاف إلى ما بعد الموت فهو وصية فكانت هذه وصية والشيوع لا يمنع الوصية.

- | | |
|---|-----------------------------------|
| (١) في «ج»: خلال. في «أ»: حال وأثبتنا الأول. | (٧) في «د»: أضاف. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «د»: أضاف. |
| (٣) في «ج»: نصب. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: منظراً. | (١٠) في «د»: سدس. |
| (٥) في «ج»: يقال. | (١١) في «ج»: ساقطة، وفي «د»: هذه. |
| (٦) في «ج»: ردد: قال، وفي «أ»: كان، وقد أثبتنا الأول. | |

وأما فيما يقع قبولاً للوصية وفيما لا يقع :

رحل أوصى إلى رجلين فقبل إحدهما وسكت الآخر ، فقال القابل للساكت بعد موت الموصي ^(١) : اشتر للميت كذا فاشتره فهذا منه قبول ؛ لأن الوصاية لا تبطل بالنكوت والشراء قبول دلالة فيصير ^(٢) وصياً وكذلك لو كان الساكت خادماً للقابل غير أنه حر يعمل عنده فأمره بشراء الكفن فالجواب على ما مر .

رجل أوصى لرجل يعبد فلما بلغه الخبر قال : هو حر يعتق ؛ لأن هذا منه قبض .

ولو أن رجلاً أوصى إلى رجل فقال الموصى إليه في وجه الموصي : لا أقبل هذه الوصية ثم مات الموصي ^(٣) فقال الوصي بعد موته : قد قبلت الوصية ، فإنه لا يكون وصياً ، لأنه لما رده في وجهه ارتد الإيجاب ، فبعد ذلك إذا قبل فقد قبل وليس هنا وصية ، فلا يصح . وكذا على عكس هذا ، لو قبل في وجهه ثم رده بعد موته : لا يصح رده ؛ لأنه لما قبل صحت الوصاية ^(٤) إليه ^(٥) فلا يصح الخروج ^(٦) عن تلك الوصايا إلا بعلم الموصي ^(٧) كما في الوكالة . فرق بين هذا وبينما إذا أوصى بشيء فرده في وجهه في حياته ثم قبل بعد وفاته أو على العكس بأن قبل في وجهه ثم رده بعد وفاته فإنه يصح . والفرق : أن في الإبراء إليه لما قبل فقد اعتمد الموصى عليه فلو صح رده بعد وفاته [فإنه] ^(٨) يتضرر به الموصى فإنه لم يوص إلى غيره ولو علم بذلك لكان يوصى إلى غيره .

أما في الوصية لو صح الرد بعد موته لا يتضرر [به] ^(٩) الميت ^(١٠) ولو أوصى إليه وليس بحاضر قبله ذلك في حياة الموصي أو بعد وفاته فقال : لا أقبل ثم مات الموصي فقبل ذلك : يجوز لأن هذا الرد لم يصح من غير علم الموصي كره الوكالة ^(١١) لا يصح ^(١٢) من غير علم الموكل ، فإذا لم يرتد الإيجاب وقبل ، صح القبول إلا أن يكون القاضي أخرجه من ذلك بذلك ^(١٣) الرد فيكون خارجاً من الوصية فبعد ذلك إن قبل لا يصح . واختلف المشايخ في تخريج هذا الحكم . منهم من قال : إنما كان ؛ لأن ^(١٤) على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي ^(١٥) . فالقاضي متى أخرجه من الوصاية بذلك الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه . وقال بعض العلماء : لا حاجة إلى هذا لكن إنما كان ؛ لأن الوصاية لو صحت بقبوله لكان للقاضي أن يخرجها ويصح الإخراج ، فهذا أولى .

وإن أرسل الوصي رسولاً إلى الموصى برده الوصية أو كتب إليه بذلك كتاباً إن وصل

- | | |
|--|--------------------------------|
| (١) في وجهه وده : الموصى . وفي «أ» : الوصي | (٨) في «أ» : ساقطة . |
| رفد أثنتا الأول . | (٩) في «أ» : ساقطة . |
| (٢) في وجهه : فيكون . | (١٠) في «ح» : الموصى . |
| (٣) في وجهه الوصي . | (١١) في «ج» : الوكيل . |
| (٤) في «ح» : الوصية . | (١٢) في «ج» : لا يصح : ساقطة . |
| (٥) في «ج» : ساقطة . | (١٣) في «ج» : ساقطة . |
| (٦) في «ح» : فلا يصح رده فلا يخرج . | (١٤) في «ج» : ساقطة . |
| (٧) في «ج» : إلا بعلم الموصى : ساقطة . | (١٥) في «ج» : ساقطة . |

ذلك إلى الموصي صح [الرّد] ^(١)؛ لأنّ الرّد بهذه الطريقة ثمة بمنزلة الرّد في وجه الموصي بالخطاب فيبطل منه ذلك فإذا قل لا يصح ولا يصير وصياً وإن لم يصل إليه الكتاب ولم يبلغه الرّسول الرّسالة حتى مات ثم قبل الوصية جاز قبوله وهو وصي؛ لأنّه لم يصح الرّد. فإذا قبل قبل ^(٢) والإيجاب قائم ^(٣) فصح، ولو كان قال الموصي إليه في وجهه: قد قبلت وصيتك، ثم قال بعد ذلك في غير وجهه: قد رددتها ولا أقبلها لم يكن ذلك ردّاً للوصية لما مرّ، ولو أن الموصي له لم يقل في حياة الموصي: قد قبلت ولا ^(٤) قال: قد رددته حتى مات الموصي فقال بعد موته: قد قبلت فليس له بعد هذا أن يرّد ما أوصى له؛ لأنّه لما قلّه تعلق به اللزوم فالتحق بالإرث فلا يرّد ^(٥) بعد ذلك.

وأما فيما يكون رجوعاً عن الوصية وفيما لا يكون:

رجل أوصى بوصايا وكتب على ذلك صكاً ثم إنه أوصى بوصايا آخر وكتب على ذلك صكاً أو ^(٦) لم يكتب في الثاني إنّه رجوع عن الأول يعمل بالوصيتين جميعاً؛ لأنّ كلا الوصيتين صحيحة.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان أو قال: أوصيت به لفلان فهو رجوع؛ لأنّ هذه الألفاظ تدل على قطع الأول واستثناء الوصية [به] ^(٧) للثاني بخلاف ما إذا أوصى بعبد لفلان وأوصى [به] ^(٨) بعد ذلك لفلان آخر حيث لا يكون رجوعاً ويكون وصية لهما وهو بينهما نصفان؛ لأنّ هذه الألفاظ لا تدل على قطع الأول ^(٩)؛ لأنّ الوار للعطف والعطف يقتضي بقاء المعطوف عليه ليصحّ العطف فكان وصية لهما.

ولو جحد الوصية الأولى فهو رجوع وذكر في «الجامع الكبير» أنّه لا يكون رجوعاً فصار في المسألة روايتان. وقيل: ما ذكر في «الجامع» قول محمد رحمه الله تعالى، وما ذكر في غيره قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وعلى هذا الخلاف: جحد الوكالة من الموكل أو الوكيل، وجحود ^(١٠) الشركة من أحد ^(١١) الشريكين، وجحود ^(١٢) الوديعة من المودع وجحود المتبايعين وجحود المستأجرين، والصحيح ما ذكر في غير الجامع: أنّه يكون رجوعاً، وعليه الفتوى؛ لأنّ الجحود صار مجازاً عن الفسخ حتى لا يلغو ويملك الموصي ^(١٣) الرجوع في الوصية صريحاً ودلالة لأنّها عقد تبرع كالهبة قبل القبض.

ولو أوصى، بثوب ثم قطعه وخاطه أو بقطن فغزله أو بغزل فنسحه أو بحديد فصنعه

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «ب»: ساقطة.

(٣) في «ج»: باقي.

(٤) في «ج»: رددته، ولا، وفي «أ»: ولو، ولعل الأول أصحّ لفلانك أثبتناه.

(٥) في «ج»: فلا يرّد.

(٦) في «ج»: إن.

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «ج»: للأول.

(١٠) في «ج»: وجود.

(١١) في «ج»: واحد، وفي «أ»: بعد، وقد أثبتنا الأول.

(١٢) في «ج»: وجود.

(١٣) في «ج»: «الموصي» وفي «أ»:

الوصي، والأول هو المعتمد.

إياه أو لث السنين أو بنى في الدار أو أوصى بقطن ثم حشاه أو ببطانة ثم بطن بها أو بشاة ثم دبحها أو بقميص فنقضه وجعله قباء بطلت الوصية في جميع ذلك؛ لأن هذه التصرفات تدل على استيفاء الملك ولو نقضه ولم يخطه فيحتمل أن لا يكون رجوعاً؛ لأنه أزال عنه وصفاً وما أثبت له وصفاً مرغوباً فيجعل ذلك دليلاً على نقض الوصية.

ولو أوصى بثوب ثم غسله لا يكون ذلك رجوعاً؛ لأنه أزال الدون وما أثبت وصفاً رائداً. وكذا إذا أوصى بدار ثم جصصها أو هدمها؛ لأن البناء دخل تحت الوصية تبعاً والتصرف في الشيئ لا يدل على إبطال حقه في الأصل.

ولو قال: كل وصية أوصيت لفلان فهو باطل [فهو] رجوع؛ لأنه أنشأ التقض.

ولو قال: فهو رياء أو حرام لا يكون نقضاً؛ لأن هذه اللفظة تدل على وجود أصل الوصية.

ولو أوصى بوصية ثم قال: تركها فهو رجوع؛ لأن الترك إسقاط.

وأما فيما يصح رد الوصية وفيما لا يصح:

الموصى له لو^(١) قبل الوصية في حياة الموصي، كان له أن يردها بعد موته، ولو ردها في حياته كان له أن يقبل بعد موته؛ لأن وحب الوصية عند^(٢) الموت فيعتبر القبول والرد بعد الموت.

ولو أوصى بعبد لرجل وهو ذو رحم محرم منه فأبى أن يقبل الوصية لم يجز ولو لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات فقبل بعد موت^(٣) الموصي جعل كأنه قبل؛ لأن الوصية تعتبر ميراثاً من وجه من وجه فما دام القبول موهوباً من الموصى له تعتبر هبة في حق القبول والمالك في الهبة لا يقع قبل القبول وتعتبر ميراثاً في حق القبض حتى وقع الملك للموصى له بعد الموت من غير قبض ومتى وقع اليأس من القبول اعتبر ميراثاً والميراث مما لا^(٤) يفتقر إلى القبول، ولو قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي ثم رد على الورثة جاز رده عليهم؛ لأن رد الوصية فسخ للوصية، والفسخ في الشائع يجوز، ولو ردها على بعض الورثة دون البعض كان رداً عليهم؛ لأن هذا بعض الورثة^(٥) وليس بتعليك من جهة الموصى له وإذا انتقضت الوصية عاد الملك للورثة، ولو لم يقبلوا رده لم يجبروا على القبول وهي للموصى له؛ لأنه لا يملك التقض من غير رضی الوارث كما لا يملك فسخ العقد إلا برضى صاحبه.

رجل أوصى إلى رجل فقال له الوصي: أما أقبل وصيتك في إنفاذها من ثلث مالك ولا أقبل قضاء ديونك فأجابه الوصي إلى ذلك. قال: إن لم يستند قضاء الدين^(٦) إلى غيره، فالوصي يكلف في جميع أموره بالإنفاذ؛ لأنه وصية.

(١) في «أ»: ساقطة.
(٢) في «ج»: ساقطة.
(٣) في «ج»: بعد.
(٤) في «ج»: قبل بعد موت: ساقطة.
(٥) في «ج»: لا: ساقطة.
(٦) في «ج»: تقض، وفي «د»: بقض الوصية.
(٧) في «ج»: دينه.

وأما فيما تبطل الوصية وفيما لا تبطل :

رجل^(١) أوصى إلى رجلين وقال لهما : اصرفا ثلث مالي حيث شئتما أو اجعلا ذلك لمن شئتما ثم مات أحدهما قبل أن يجعل ذلك بطلت الوصية ورجع الثلث إلى ورثة الميت ؛ لأنه علق ذلك بمشيئتهما ولا يتصور ذلك بعد الموت .

ولو قال : جعلت ثلث مالي للمساكين يضعه الوصين حيث شاءا من المساكين فمات أحدهما . قال : يجعل القاضي وصياً آخر .

ولو قال لهذا : أقسم أنت^(٢) وحلك ، فهو^(٣) جائز . وعلى قول أبي يوسف رحمه الله تعالى : له أن يتصدق الآخر وحده .

رجل كان له على رجل^(٤) دين فأوصى بأن يصرف ذلك إلى وجوه البر تتعلق بذلك فإن وهب بعد ذلك بعض الدين^(٥) من الغريم [ثمة]^(٦) بطلت الوصية بقدره .

ولو قال : ادفعوا إلى فلان ألف درهم ليحج عني ومات ، فقال فلان : لا أقبل يدفع [إلى]^(٧) غيره ولا تبطل الوصية .

ولو كان له عنم فأوصى بثلث غنمه ثم هلكت غنمه بطلت الوصية ؛ لأن الوصية وقعت في العين فبطلت^(٨) بهلاك العين .

ولو أوصى له بشاة من ماله لم تبطل هلكت أو لم يهلك . فرق بين هذا وبينما إذا أوصى [له]^(٩) بثلث غنمه أو بشاة من غنمه ثم هلكت غنمه حيث تبطل الوصية . والفرق : وهو أنه لما أوصى له بشاة من ماله فقد أوصى له بشاة شائع في جميع ماله ومتى أوصى له بشاة شائع في جميع ماله فقد جعله بمنزلة أحد الورثة ؛ لأن حق الورثة^(١٠) ثبت شائعاً في جميع ماله والوارث يرث المال الموجود للمورث^(١١) يوم الموت فكذا هو . فأما إذا أوصى [له]^(١٢) بثلث غنمه أو بشاة من غنمه لم يجعله بمنزلة أحد الورثة ؛ لأنه أوصى له بجزء الشائع أو بشاة شائع من^(١٣) غنمه خاصة . وفي^(١٤) حق الوارث لا يكون شائعاً في عمة خاصة وإنما جعله بمنزلة الموهوب له فكانت الوصية لها معتبرة بالهبة فيتعلق العقد بالمال الموجود يوم الوصية ومتى لم تبطل الوصية فيما إذا أوصى له بشاة من ماله يعطى شاة وسطاً أو قيمة شاة وسطاً ؛ لأن تقدير هذه الوصية أوصيت لك^(١٥) بقدر شاة من مالي ؛ لأن الشاة

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في «ج» : ولو | (٩) في «أ» : غير موجودة وهي في «ج» و «د» . |
| (٢) في «ج» : هذا . | (١٠) في «ج» : لأن حق الورثة : ساقطة . |
| (٣) في «ج» : هذا . | (١١) في «ج» : من المورث ، وفي «أ» : للمورث ، وفي «د» : للمورث ، وهو الميت . |
| (٤) في «ج» : على رجل : ساقطة . | (١٢) في «أ» و «ج» : ساقطة ، وهي في «د» . |
| (٥) في «ج» : نقص الوصية . | (١٣) في «د» : من . |
| (٦) في «أ» : ساقطة | (١٤) في «ج» : في : ساقطة . |
| (٧) في «أ» : ساقطة | (١٥) في «ج» : له . |
| (٨) في «ج» : تبطل . | |

لا^(١) توجد في جميع ماله وإنما يوجد في جميع [ماله]^(٢) قدر الشاة فعلمتا^(٣) أنه أراد بذلك قدر الشاة ولو نص على ذلك كان الوارث بالخيار فيما قلنا، فكذا هنا. وكذلك الثوب والحطة لما قلنا من المعنى في الشاة.

ولو أوصى له بعد ثم باعه ثم اشتراه تطل الوصية؛ لأن البيع استهلاك حكماً، لأن إخراج عن ملكه فكان ذلك دلالة الرجوع.

رجل أوصى بنزل^(٤) ضيعته ثلاث سنين إلى^(٥) المساكين [ومات]^(٦) ولم يحسن كرمه بعد موته يوقف كرمه إن كان يخرج من الثلث حتى يتصدق بغلة ثلاث سنين كما^(٧) أوصى بخدمة عبده لفلان سنة وفلان غائب ثم حضر بعد مضي سنة يخدم له سنة ولو قال [له]^(٨). هذه السنة فحصر [فلان]^(٩) بعد مضيتها بطلت وصيته وكذلك الغلة.

ولو أوصى له بعبد فلان ثم ملكه [ثم مات]^(١٠) تبغى الوصية.

ولو أوصى له بعبد فلان يشتري فيدفع إليه صح بأي سبب ملكه.

أما إذا ملكه بالشراء؛ فلأن الموصي [له]^(١١) أمر بشيئين^(١٢)؛ بشراء العبد ويدفعه إلى الموصي له بعد الشراء فإذا اشترى بنفسه فقد أسقط عن الموصي مؤنة الشراء وبقي عليه مؤنة الدفع بعد وفاته فيؤمر بالدفع.

وأما إذا ملكه بسبب آخر فلأن الوصية تمليك بعد الموت بغير عوض، وفي التمليك بعوض يراعى المقصود من الشرائط لا عين الشرط^(١٣) كمن تزوج امرأة على دار بعينها لغيره على أن يشتريها ويسلمها إليها فملكها الزوج بسبب آخر فيلزمه التسليم إليها فكانت العبرة للمقصود من الشراء وهو الملك فكان ذكر الشراء من بين [سائر]^(١٤) أسباب الملك [موضِعاً] له^(١٥)؛ لأنه هو السبب الموضوع في الأعم الأغلب لا لتقييد^(١٦) الحكم به فكذا في التمليك بغير عوض^(١٧).

ولو أوصى له بثلاث غنمه فهلك ثلثا غنمه والباقي يخرج من ثلثه جاز له ولا تبطل الوصية وكذلك المكبل والموزون وكذلك لو كان مكن الهلاك^(١٨) استحقاق؛ لأن حق الموصي له مقدم على حق الوارث؛ لأن الوصية مقدمة على الميراث بالنص والهلاك والاستحقاق إذا ورد على مال مشترك وجب^(١٩) صرف ذلك إلى المؤخر حقه ما أمكن وقد

- | | |
|---------------------|-------------------------------|
| (١) في «ج»: لم. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: قلنا. | (١٣) في «ج»: الشرائط. |
| (٤) في «ج»: بغلة. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: على. | (١٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٦) في «ج»: لفقد. |
| (٧) في «ج»: كمن. | (١٧) في «ج»: بغير عوض. ساقطة. |
| (٨) في «أ»: ساقطة. | (١٨) في «ج»: الهالك. |
| (٩) في «أ»: ساقطة. | (١٩) في «ج»: ساقطة. |
| (١٠) في «أ»: ساقطة. | |

أمكن متى كان المشترك مالا يقسم قسمه جمع ، لأنه متى كان يقسم قسمة جمع أمكن الجمع حالة الهلاك والاستحقاق كما يجمع حالة القيام والغنم أو المكيل والمورود يقسم قسمة جمع فأمكن صرف الهلاك والاستحقاق إلى المؤخر حقه .

ولو أوصى له بثلاث ثلاثة^(١) من الرقيق أو ثلث ثلاثة^(٢) من الدواب^(٣) مختلفة أجناسها^(٤) أو ثلث ثلاثة^(٥) من الدور فهلك اثنان^(٦) أو استحق الباقي يخرج من الثلث كان له ثلث الباقي ولا يعطى الباقي كله ؛ لأن هذه الأموال لا تقسم القسمة جمع . ألا ترى : أن حالة القيام لو^(٧) طلب الموصى له القسمة ، فالقاضي لا يقسم [قسمة جمع بل يقسم]^(٨) كل عين بينهم فصار الهلاك والاستحقاق وارداً على حقهم فلا يمكن^(٩) صرف الهلاك والاستحقاق إلى المؤخر حقه .

رجل أوصى بوصايا ثم جن . روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى : أنه قدر ذلك شهر حتى لو أطبق عليه شهراً ثم أفاق فالوصية بذلك باطلة ، ولو أفاق قبل ذلك فالوصية على حالها ، وروي عن^(١٠) محمد رحمه الله تعالى : أنه قدره بسبعة^(١١) أشهر ، وفي رواية : بستة أشهر .

ولو أوصى لرجل بيضة ولم يقبضها حتى صارت دجاجة إن كان قبل موت الموصي بطلت الوصية وإن كان بعد موته فالدجاجة له ؛ لأنه تولد عن ملكه إن خرج من الثلث . وكذلك لو اشترى بيضة فلم يقبضها حتى صارت دجاجة^(١٢) فالمشتري فيه^(١٣) بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء رده .

وأنا فيما يجوز للموصى له أن يأخذ شيئاً من مال الوصية بوصية^(١٤) أخرى وفيما لا يجوز إلى آخره :

رجل أوصى لرجل بمال ثم أوصى للفقراء بمال والرجل محتاج فأراد أن يأخذ من نصيب الفقراء شيئاً إن كان^(١٥) أوصى لكل دفعة واحدة ليس له أن يأخذ ، وإن أوصى [له]^(١٦) ثم أوصى بعد ذلك بوصايا آخر ثم أوصى في آخره للفقراء بكذا وكذا فله أن يأخذ ؛ لأن في الفصل الأول لما قال ذلك^(١٧) بمرّة واحدة فقد مير بينه وبين الفقراء فلا

- | | |
|--|--|
| (١) في «ج» : ثلث | (١٠) في «ج» : ساقطة . |
| (٢) في «ج» : ثلث . | (١١) في «ج» و«د» : ثمة . |
| (٣) في «ج» و«د» : الرقاب . | (١٢) في «ج» و«د» : إن كان قبيل موت الموصي . . . صارت دجاجة : ساقطة |
| (٤) في «ج» و«د» : أجسامها . | (١٣) في «ج» : فالموصى به ، وفي «د» : فالموصى له . |
| (٥) في «ج» : ثلث . | (١٤) في «ج» : من وصية |
| (٦) في «ج» و«د» : اثنان ، وفي «هـ» : إنسان ، ولعله تصحيف فلذلك اعتمدنا الأول . | (١٥) في «ج» : ساقطة . |
| (٧) في «ج» : أو . | (١٦) في «هـ» : ساقطة . |
| (٨) في «هـ» : ساقطة | (١٧) في «ج» : ساقطة . |
| (٩) في «ج» : فما أمكن . | |

يصح الجمع ولا كذلك في الفصل الثاني.

وأما فيما يحل للوصي أو^(١) القيم أن يأكل من مال اليتيم وفيما لا يحل:

للوصي أن يأكل من مال اليتيم^(٢) بقدر ما يحتاج إليه بالمعروف لقوله تعالى ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣) وكذلك [له]^(٤) أن يركب دابته إن كان محتاجاً إليه، لأنه عامل له ونفقة العامل ومؤنة عمله على من وقع^(٥) العمل له وقد ذكرنا بعض هذه المسائل فيما للوصي أن يصرف المال إلى غير ما أضيفت إليه الوصية.

وأما فيما يجوز استئجار الوصي على مال معلوم لتنفيذ الوصايا وغيره وفيما لا يجوز: وإذا أوصى إلى رجل واستأجره بمائة درهم لينفذ وصاياه فالاستئجار باطل والمائة صلة من الثلث؛ لأن قبول الوصية صار العمل واجباً عليه بحيث لا يمكنه الإخراج إلا بأذن القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك والاستئجار على هذا لا يجوز، وذكر المائة صلة وذكر في بعض المواضع هذه المسألة. وقال: باطل، ولم يجعل المائة صلة.

وأما فيما يحل لأهل المصيبة أن يأكلوا من مال الميت وفيما لا يحل:

إذا^(٦) اجتمع أهل المصيبة لإصلاح أمر الميت فلا بأس بأن يعمل لهم الطعام، وإن كان اجتماعهم لأجل سماع الترجه يكره ذلك؛ لأنه إعانة على [المعصية]^(٧) وأنه حرام.

رجل أوصى بأن يتخذ طعاماً بعد موته فيطعم الناس ثلاثة أيام. ذكر في بعض المواضع: أن الوصية باطلة، وذكر في بعضها: أن الوصية صحيحة.

ولو أوصى أن يتخذ طعاماً للناس بعد وفاته ويطعمون الذين يحضرون التمزية فهذا لئدي يطول مقامه عنده والذين يجيئون^(٨) من مكان بعيد دون غيرهم، والغني والفقير فيه سواء، والله تعالى أعلم.

الفصل الثالث

فيما يرجع على الوصي بالعيب وفيما لا يرجع إلى آخره

رجل أوصى بوصايا وجعل الرجل وصياً. وقال: بع من جمالي جملين ونفذ بهما^(٩) وصاياي، فباع الوصي الجملين فجاء الجمال الذي في يديه الجمل. وقال للمشتري. أحد الجملين معيب^(١٠)، وأراد المشتري رده فقال الجمال: لا تحاصم مع الوصي^(١١) وادفعه إلي

(١) في «ج» و«د»: أو: ساقطة.

(٢) في «ج» و«د»: اليتيم، وفي «أ»: الميت ولعله خطأ من السامع.

(٣) في «ج»: قوله تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾، غير واردة، وهي في سورة النساء، آية رقم ٦.

(٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «ج»: بقع. (٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: المصيبة، والضوابط ما أثبتناه وهو في «ج».

(٨) في «ج»: به. (٩) في «ج»: به عيب.

(١٠) في «أ»: الرصبة واستبدلنا بها في «ج».

وحد من حمالي ما شئت، ففعل ثم ظهر أن الحمل الأول صحيح والمعيب^(١) جمل الحمل، فلا خصومة للمشتري مع الوصي بل للمشتري أن يدفع ذلك إلى الجمل إن^(٢) شئت أنه معيب^(٣)؛ لأنه اشترى الجمل ذلك بجمله وإن لم يكن بينهما [بيع، ولكن بينهما]^(٤) أخذ وإعطاء بعوض فكان هذا بيعاً أو هبة^(٥) بعوض فكان هذا بيع انتهاء وإذا ظهر العيب برد.

وأما ما ينقض من بيع الوصي وغيره وما لا ينقض إلى آخره:

وصي باع مال اليتيم من مفلس غير قادر على أداء الثمن فإن [كان]^(٦) هذا بيع رغبة رفع الأمر إلى القاضي حتى يوجه ثلاثة أيام فإن أدى [الثمن]^(٧) وإلا نقض البيع بينهما.

وأما فيما^(٨) يصرف وصية الذواحم إلى النقد المتعارف في البلد:

رجل أوصى بوصايا لأقوام خمسين وفي البلد نقود مختلفة تنفذ بالنقود التي هي أغلب استعمالاً بين الناس في بياعتهم؛ لأنه هو المعروف في الغالب وإن لم يكن ذلك ينفذ بأقل النقود نقاقاً في البلد؛ لأنه [هو]^(٩) المتيقن.

وأما في الكتب التي تصرف إليها الوصية ببيع الكتب:

مريض أوصى بأن يباع من كتبه ما كان خارجاً عن^(١٠) العلم وتنقذ به وصاياه وقد كان له كتب من علم الكلام يباع ذلك ويصرف ثمنه إلى وصيته؛ لأنه خارج عن^(١١) العلم.

وأما في معرفة الكبير والكهل والشيخ وغيره:

ولو أوصى الكبير أهل بيته فذلك من الثلاثين إلى الأربعين والشباب من الاحتلام إلى الثلاثين.

ولو قال: أعتقوا كهول غلماني، فالكهل من بلغ ثلاثين سنة إلى تمام الكهولة، وقال بعضهم: ثلاث وثلاثين [سنة]^(١٢) وشرط بعضهم في الثلاثين الشيب ولم يشترط في الأربعين.

ولو قال: قديم الصحبة^(١٣) فهو من ثلاث سنين فصاعداً، وروي عن محمد رحمه الله تعالى: من صحبه ستة أشهر، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الشاب من خمسة عشر إلى خمسين سنة إلى أن يغلب عليه الشمط، والكهل: من ثلاثين إلى^(١٤) آخر عمره، والشيخ: ما زاد على الخمسين. وقال محمد رحمه الله تعالى: الغلام [اسم لمن لم يبلغ]^(١٥) من كان أقل من خمسة عشر، والفنى من بلغ خمسة عشر وفوق ذلك، والكهل:

(١) في «ج»: والعيب.

(٢) في «ج»: لأنه.

(٣) في «ج»: بيع.

(٤) في «أ»: ساقطة.

(٥) في «ج»: وصية.

(٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: وأما ما في «د»: فيما. ساقطة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: من.

(١١) في «ج»: من.

(١٢) في «أ» و«د»: ساقطة.

(١٣) في «ج»: ساقطة.

(١٤) في «ج»: الشاب.... من ثلاثين إلى

ساقطة.

(١٥) في «أ»: ساقطة.

إذا بلغ الأربعين وزاد عليه وما بين خمسين إلى ستين إلى أن يكون الشيب علب [عليه] ^(١) يكون شيخاً.

ولو أوصى لمشايخ بني ^(٢) فلان فهم أبناء النين منهم . هكذا ذكر بعض المشايخ رحمهم الله تعالى ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الفصل الرابع

فيما يجوز من شهادة الوصي للميت بالدين والعق

وغيرهما ، وفيما لا يجوز

ولو شهد الوصيان أنه أوصى إلى ^(٣) فلان معهما ^(٤) وادعاء [فلان] ^(٥) جازت شهادتهما ، ولو كذبهما جعل ^(٦) القاضي معهما ثالثاً وكذلك لو صدقهما ، وقال : لا أقبل . أما إذا كان المشهود له يدعي ذلك فلائهما لو لم يشهدا بذلك وسألا من القاضي أن يدخل معهما ذلك ^(٧) الرجل وهو يريد ذلك كان للقاضي أن يدخله معهما فيها هنا أولى . وأما إذا كان المشهود له يحدد أو يقر فلا تقبل الوصية ؛ لأنهما لما أقرّا أن معهما وصي آخر فقد أقرّا بعجزهما عن التصرف في مال الميت لما عرف أن أحد الأوصياء لا يتفرد بالتصرف وقد تعذر جعل المشهود عليه وصياً فكان للقاضي أن يدخل معهما [وصياً] ^(٨) ثالثاً ، وكذلك لو شهد وارثان أن أباهما أوصى إليه وهو يدعي جازت .

ولو شهدا حال حياة الأب أن أباهما وكل هذا بقبض حقوقه والأب غائب ، والوكيل يدعي وغرماء الأب يجحدون لا تقبل شهادتهما على الوكالة . والفرق : أنهما لو لم يشهدا بذلك لكئتهما سألا من القاضي أن يجعل هذا وصياً والوصي يريد الإيصاء كان للقاضي أن يجعله وصياً فيها هنا أولى .

ولو سألا من القاضي أن ينصب وكيلاً بقبض حقوقه حال غيبة الأب والوكيل يريد ذلك فالقاضي لا ينصب وكيلاً ولو نصب هنا إنما ينصب بشهادتهما ولا يجوز ذلك ؛ لأنهما شهدان لأبيهما .

ولو شهد غريباً لهما على الميت دين أو عليهما له دين إن أوصى إلى هذا جازت ؛ لأن للقاضي أن ينصب وصياً يطلبها من غير شهادة إذا كان الوصي يريد [ذلك] ^(٩) الوصاية فهنا ^(١٠) أولى .

(٦) في «ج» : ذلك .

(٧) في «أ» : ساقطة .

(٨) في «ج» : ساقطة .

(٩) في «أ» : ساقطة .

(١٠) في «ج» : فهذا .

(١) في «أ» : ساقطة .

(٢) في «ج» و«د» : يبيء وفي «أ» : بين وأثبتنا الأول .

(٣) في «ج» : ساقطة .

(٤) في «ج» : ساقطة .

(٥) في «ج» : أدخل .

ولا تجوز شهادة ولد الوصي أو والده أنه أوصى إليه؛ لأنهما يشهدان لأبيهما^(١) أو لأبنتهما باليد والتصرف في تركة الميت وليس للقاضي أن ينصب هذا وصياً بطلبهما في تركة الميت [من غير شهادة]^(٢) فلو نصبه كان النصب مضافاً إلى شهادتهما

ولو شهد أبناء أحد الوصيين أنه أوصى إلى أبيهما وإلى رجل آخر لم يجز لواحد منهما؛ لأنهما شهدا بكلمة واحدة وقد بطل في حق الأب^(٣) فيطل في حق الأجنبي.

ولو شهد شاهد أنه أوصى إليه يوم الخميس وشهد آخر أنه أوصى إليه يوم الجمعة جازت؛ لأن الوصية كلام والكلام لا يختلف باختلاف الزمان، كما لا يختلف باختلاف المكان.

ولو شهد الوصي للميت بدين أو دية عند [رجل]^(٤) كبر ورثته وسلم إليهم ماله من كانوا كباراً لم تجز شهادته؛ لأن الورثة إن كانوا كباراً فللوصي قبض ديون^(٥) الميت حضوراً كانوا أو غيباً حتى يبرأ الغريم عن الدين ويبيع العروض حال غيبتهم. وإذا كان له قبض مال الميت صار شاهداً لنفسه.

ولو شهد لوارث صغير على الميت بدين لم يجز؛ لأن القبض والتصرف في نصب إليه صار شاهداً لنفسه وكذلك لو كان كبيراً لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقالوا رحمهما الله تعالى: يجوز للكبير. هما رحمهما الله تعالى يقولان: إن حق القبض والتصرف^(٦) في نصيبه ليس له فلم يكن شاهداً لنفسه قبلت شهادته كما لو شهدا له بذلك على الأجنبي، وأبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: إن الوصي قائم مقام الموصى، والموصي لو شهد^(٧) في مرض موته بدين للوارث على نفسه لم يقبل لما فيه من إثارة بعض ورثته على البعض بشيء من ماله فكذا الوصي بخلاف ما لو شهد على الأجنبي؛ لأن الميت صار مؤثراً بشيء من مال الأجنبي [والميت يملك إثارة بعض الورثة على بعض شيء من مال الأجنبي]^(٨) بقوله فإنه لو قال لآخر: هب لوارثي هذا فذهب جاز [كما]^(٩) تجوز شهادته الوصي للوارث الكبير على الأجنبي في غير الميراث؛ لأن حق القبض إلى^(١٠) الوارث دون الوصي ولا يجوز للصغير في قولهم [جميعاً]^(١١)؛ لأن حق القبض له فيصير شاهداً لنفسه.

ولو شهد أربعة نفر فشهد اثنان للآخرين على الميت بألف درهم دين وشهد الآخران لهما بدين ألف درهم على الميت، حاز في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يجوز. هو رحمه الله تعالى يقول: إن المشهود به مشترك بينهم؛ لأن الذين على الميت ينتقل إلى التركة فلا تقبل الشهادة كما لو شهد اثنان أن

- | | |
|---|---|
| (١) في «ج»: أو لأبهما: ساقطة. | (٧) في «ج» و«د»: شهد، وفي «هـ»: أشهد، وفي «هـ» ساقطة. |
| (٢) في «هـ»: ساقطة. | (٨) في «هـ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج» و«د»: الأب، وفي «هـ»: الأب، وفي «هـ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: على. |
| (٤) في «هـ»: ساقطة. | (١٠) في «هـ»: ساقطة وهي في «ج» و«د». |
| (٥) في «ج»: حقوق. | (١١) في «هـ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: ساقطة. | |

الميت أوصى بثلاث ماله [لهذين]^(١) وشهد هذان أن الميت أوصى بثلاث ماله لهذين وشهد شاهدان أن الميت أوصى^(٢) لشاهدين بربع ماله لا تقبل الشهادة^(٣) هما يقولان: إن المشهود به غير مشترك بينهم؛ لأنَّ المشهود به لكل فريق الذَّين في ذمة الميت بسبب غير السبب لفريق الآخر والاستيفاء يتعلق بالتركة إذا التركة لا تصير مملوكة لهم.

ولو شهد اثنان لرجلين بدين ألف درهم على الميت وشهد الشَّهود^(٤) لهما بدين لرجل عليه جاز؛ لأنَّ الفريق الثاني بهذه الشهادة يضرَّان^(٥) أنفسهما؛ لأنَّهما يشتان^(٦) لغيرهما شركة فيما كان لهما على^(٧) الخلوص؛ لأنَّ ما يقبض المشهود^(٨) لهما^(٩) بعد هذه الشهادة من مال الغريم الميت فللمشهود له الثاني أن يشاركهما^(١٠) فيه، وشهادة الإنسان في ما^(١١) يضره من أصدق الشهادات.

ولو شهد اثنان لاثنتين^(١٢) بالثالث أو بعبد بعينه أو بدراهم وشهد المشهود^(١٣) لهما للشاهدين^(١٤) بالثالث لم يجز؛ لأنَّه لو جاز ثبتت الشركة في الثالث وفي ذلك العبد وفي ثلث الدراهم. أمَّا في الثالث: فظاهر، وأمَّا في العبد، والدراهم؛ فلأن اسم الثالث يتناول العبد والدراهم.

ولو شهد على كل نفر بعبد على حدة سوى العبد الأول أو ضياعاً على حدة جازت؛ لأنَّهما لا يشتركان في المشهود به.

وكذلك لو شهد أحد الفريقين [بعبد]^(١٥) والآخر^(١٦) بأمة حازت شهادتهما^(١٧) لأنَّهما لا يشتركان في المشهود به.

وأما فيما تجوز الشهادة على صك الوصية وفيما لا تجوز:

رجل كتب صك الوصية وقال للشهود: اشهدوا على ما فيه^(١٨)، ولم يقرأ عليهم. قال بعض المشايخ: ليس لهم أن يشهدوا على ذلك^(١٩) ما لم يقرأ عليهم. وقال بعضهم: يجوز.

وأما فيما يصح دعوى البتة من^(٢٠) العبد الموصى بعته وفيما لا يصح:

رحل له عبيد فأوصى بعقدهم وسماهم، ثم إن أحد العبيد ادعى أنَّه ابن الميت ثم أقر بعد ذلك أنَّه عبد له، ثم ادعى بعد ذلك وأقام البينة على إقرار الميت أنَّه ابنه وأقام الورثة

- | | |
|---|--|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «ج»: مما. |
| (٢) في «ج»: بثلاث ماله... أوصى: ساقطة. | (١٢) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: ساقطة. | (١٣) في «ج» و«د»: المشهود، وفي «أ»: الشهود |
| (٤) في «ج» و«د»: المشهود، وفي «أ»: الشهود، وأثنى الأول. | (١٤) في «ج»: الشريكين. |
| (٥) في «ج» و«د»: بصيران. | (١٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «ج»: كأنهما يشتان. | (١٦) في «ج»: والآخر. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٧) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٨) في «ج»: الشهود. | (١٨) في «ج»: بما فيه. |
| (٩) في «ج»: ساقطة. | (١٩) في «ج»: ساقطة. |
| (١٠) في «ج»: يشاركه. | (٢٠) في «ج» و«د»: البتة من: ساقطة. |

البينة أنه عبد للميت فإن كان ذلك بعدما أعتقه الورثة كما أمرهم الميت صح إقراره أنه عبد الميت فبعد^(١) ذلك لا تقبل البينة على دعواه.

وأما في العبد الذي تصرف إليه الوصية بالعتق وما لا يصرف إليه:

رجل أوصى وقال: أعتقوا عني عبداً وللموصي عبد واحد أو قال: اشترؤا عبداً فأعتقوه عني فليس للموصي أن يعتق هذا العبد الذي في ملكه وقت الموت؛ لأنه أمره بعتق عبد منكور. وهذا عبد معين وقال بعضهم: إذا قال: أعتقوا عني فأعتقوا هذا^(٢) جاز، ولو قال: اشترؤا [لا يجوز].

رجل أوصى بأن يشتري عبداً بكذا درهم ويعتق عنه وله عبيد^(٣) لا يجوز أن يعتق عبداً من عبيده بخلاف ما إذا قال: اشترؤا بكذا^(٤) [كتر]^(٥) حنطة وفرقوا على الفقراء وله حنطة جاز أن يتصدقوا بها على الفقراء؛ لأن^(٦) العبد مما يتفاوت فيجوز أن ما أمره بالشراء كان أحسن أو أردى من عبيده بخلاف الحنطة فإنها لا تتفاوت؛ لأنها مثلي^(٧).

وأما في معرفة أفضل العبيد في الوصية^(٨) للمساكين وفي الوصية لأفضل العبيد:

ولو أوصى بأفضل عبيده، أو بأخير عبيده للمساكين وأن يباع ويحعل ثمنه^(٩) للمساكين ينظر إلى أفضلهم وأخيرهم قيمة.

ولو قال: أوصيت ثلث مالي لأفضل عبيدي أو لأخيرهم ينظر إلى الأفضل في الذين. هذا هو المتعارف [فيما]^(١٠) بين الناس فينصرف إليه.

وأما فيما يجوز الوصية بالعبد المديون لغيره من غير رضى الغرماء وفيما لا يجوز:

ولو أوصى لرجل بعبد وعلى العبد دين ثم مات الموصى وقال الغريم: لا أجز الوصية ليس له ذلك وكان العبد للموصى^(١١) له إن كان يخرج من الثلث والذين في رقبته. ولو وهب في حال الحياة كان للغريم أن لا يجيزه ويبيعه القاضي وما فضل من ثمنه، كان للواهب وإن أجاز^(١٢) الهبة فلا سبيل له على العبد حتى يعتق.

وأما في العتق المضاف إلى الوقت لا يثبت قبل مجيء ذلك الوقت:

رجل أوصى إلى رجل وأمره أن ينفذ وصاياه ويعتق أمته بعدما خدمت^(١٣) ابنته سنة فأراد الوصي أن يتزوج بها فليس له في هذا حيلة وأنها باقية على ملك مولاهما لم يحىء وقت تنفيذ الوصية.

- | | |
|--|---|
| (١) في «جاء» و«د»: فعند. | (٩) في «جاء» و«د»: ثمنه، وفي «أ»: ثلثه، وقد أثبتنا الأول. |
| (٢) في «جاء»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «جاء»: ملك الموصى: والملكية هي «أ». |
| (٤) في «جاء»: ساقطة. | أثبت ملام الملك. |
| (٥) في «أ» و«د»: ساقطة. | (١٢) في «جاء»: جازت. |
| (٦) في «جاء» و«د»: إلا أن. | (١٣) في «جاء»: وامرأة أن ينفذ وصاياه. . . بعد خدمة ساقطة. |
| (٧) في «جاء»: لأن لها مثلاً، وفي «د»: مثل. | |
| (٨) في «جاء»: والوصية. | |

وأما فيما يصح إصافة العتق إلى وقت وتعليقه بالشرط وفيما لا يصح إلى آخره:

رجل قال لعبده: أنا^(١) إذا مت فحج عني وأنت حر فمات الموصي وليس له^(٢) [مال]^(٣) غير العبد فإنه يخدم مثل المير^(٤) إلى مكة مرتين ثم يحج حتى يستقيم الثلث والثلاثان وسواء بدأ بالحج أو يخدمهم ثم يعتق ويسعى في الثلاثين من قيمته للورثة؛ لأن الرصبة إنما تنفذ من الثلث.

وأما فيما يصير العبد مديراً بالوصية بالعتق وفيما^(٥) لا يصير:

رجل قال لمملوكه: أوصيت لك بعتقك أو برفقتك يصير مديراً.

ولو قال: أوصيت^(٦) بعتقك لا يصير مديراً؛ لأن في الفصل^(٧) الأول: يعتق بنفس الموت. وفي الفصل^(٨) الثاني: أوصى بعتقه فلا يعتق ما لم يعتق فيتأخر عتقه عن الموت فلا يصير مديراً.

وأما فيما يجوز بيع هذا^(٩) [العبد]^(١٠) الموصى برفقته وفيما لا يجوز:

ولو أوصى لعبده برفقته فهو مديراً ولا^(١١) يستطيع بيعه.

ولو قال: أوصيت لعبدي [هذا]^(١٢) بثلاث مالي كان ثلثه مديراً، ولو قال لعبده: إن مت وأنت في ملكي فأنت حر فله أن يبيعه؛ لأنه لما مات لم يبق في ملكه فلم^(١٣) يعتق.

ولو قال: إن مت من مرضي هذا فغلامي حر^(١٤) فقتل المولى لا^(١٥) يعتق الغلام وهو للوراث^(١٦)؛ لأنه ما مات بل قتل؛ لأن ما يكون من مرض يسمى موتاً عادة. والله سبحانه وتعالى أعلم.

الفصل الخامس

فيما يجوز إبراء رب الدين عن الدين^(١٧) وفيما لا

يجوز إلى آخره

رجل قال: أبرأت جميع غرمائي ولم يسمهم ولا^(١٨) ينوي بقلبه أحداً. روي عن

- | | |
|--------------------------|-------------------------------|
| (١) في «أ»: و«د»: ساقطة. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: و«د»: ساقطة. | (١١) في «ج»: لا: ساقطة. |
| (٣) في «د»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: السير. | (١٣) في «ج»: و«د»: لا. |
| (٥) في «ج»: وما. | (١٤) في «ج»: و«د»: علامة. |
| (٦) في «ج»: أوصي. | (١٥) في «ج»: لم. |
| (٧) في «ج»: في الفعل. | (١٦) في «د»: للورثة. |
| (٨) في «ج»: في الفعل. | (١٧) في «أ»: عن الدين: ساقطة. |
| (٩) في «ج»: و«د»: ساقطة. | (١٨) في «ج»: ولم. |

محمد بن مقاتل عن أصحابنا رحمهم الله تعالى: أنه لا يجوز [لأنه كما لا يجوز]^(١) إيجاب الجزاء إلا لقوم بأعيانهم فكل ذلك الإبراء، وقيل: على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى يجوز؛ لأن هذا ليس بتملك بل إسقاط وإسقاط المجهول عن المجهول يجوز.

رجل [كان]^(٢) له على آخر دين، فقال: إذا مت فأنت بريء من الدين الذي لي^(٣) عليك فهو بريء بخلاف قوله: إن مت، فأنت بريء فمات لا يبرأ؛ لأن هذا تعليق البراءة بالشرط فلا يصح كما لا يصح تعليق التمليك بالشرط، وصار كمن قال: إن دخلت الدار فأنت بريء بخلاف المصل الأول؛ لأن ذلك وصية له بالدين بعد الموت والوصية بذلك جائزة.

وصي باع من مال اليتيم شيئاً والوارث صغير فأدرك وأبرأ المشتري عن الثمن يبرأ؛ لأن التركة ملكه إلا [أن]^(٤) للوصي ولاية المطالبة والحفظ، وكذلك في الوكيل مع الموكل.

وأما فيما إذا أوصى بقضاء الدين لو ارث رب الدين بعد موت رب الدين:

رجل [قال]^(٥): أعطوا ابن فلان خمسة دراهم فإني أكلت من [ماله]^(٦) شيئاً فإن لم تجدوه فأعطوا ورثته فإن لم تجدوه^(٧) فتصدقوا عنه فإن لم تجدوا إلا امرأة له فإن كانت^(٨) تدعي على الزوج مهرأ يعطى^(٩) لها؛ لأن الضرف إلى دينه كالضرف إليه فإن لم تدع ذلك فإن كانت تقول: معي وارث غيري نعني أبناء أو بنتاً يعطى لها [الثمن]^(١٠) وإن قالت: ليس معي غيري، تعطى من ذلك ربعه؛ لأن حقها هذا.

وأما فيمن أوصى لمن تصح الوصية ولمن لا تصح:

رجل أوصى بثلث ماله لفلان ولبني تميم الثلث كله لفلان ولا شيء لبني تميم، ووقع ذلك باطلاً؛ لأنهم عدد لا يحصرون.

ولو قال: لفلان ولرجل من المسلمين فالوصية لرجل من [المسلمين]^(١١) باطلة ولفلان نصف الثلث كما إذ^(١٢) جمع بين أجنبية ومحرمه في النكاح وسئى لهما مهر فلاأجنبية من ذلك نصفه. وإن وقع نكاح المحارم باطلاً^(١٣) بخلاف ما إذا جمع بينهما وبين الجدار والحمار.

وكذلك لو قال: لفلان ولعشرة [مساكين]^(١٤) من المسلمين^(١٥) فلفلان جزء من أحد عشر جزءاً والوصية للعشرة باطلة^(١٦).

- | | |
|--|--|
| (١) في «هـ»: ساقطة | (٩) في «جـ» و«هـ»: أعطوا |
| (٢) في «هـ»: ساقطة. | (١٠) في «هـ»: ساقطة. |
| (٣) في «جـ»: ساقطة. | (١١) في «هـ»: ساقطة. |
| (٤) في «هـ» و«جـ»: ساقطة، وهي في «هـ». | (١٢) في «جـ» لو. |
| (٥) في «هـ»: ساقطة. | (١٣) في «جـ»: بالإيجاب. |
| (٦) في «هـ»: ساقطة. | (١٤) في «هـ»: ساقطة. |
| (٧) في «جـ» و«هـ»: تجدوا. | (١٥) في «جـ» ساقطة، وفي «هـ»: من المساكين. |
| (٨) في «جـ» و«هـ»: ساقطة. | (١٦) في «جـ»: والبقية. |

ولو أوصى بثلث ماله لزيد وعمر أو قال: بين زيد وعمر ثم مات أحدهما كان للباقي نصف الثلث ونصف^(١) الثلث لورثة الموصى له؛ لأن في الوجه الأول: أضاف^(٢) الإيجاب إليهما سواء. وفي الوجه [الثاني]^(٣): قسم الوصية بينهما سواء؛ لأن كلمة بين للنسبة.

ولو مات أحدهما قبله كان للباقي نصف الثلث ونصف الثلث لورثة الموصى؛ لأن الوصية إيجاب عند الموت، وعند الموت هو ميت فلا يملك الوصية فلا يرث منه ورثته.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت، أو قال: لفلان وللמותى أو لعقبه فالثلث كله للحي. أما قوله لفلان، فرق بين هذا وبين المسألة الأولى، وهو قوله: لفلان وفلان^(٤)، وهما حيان ثم [مات]^(٥) أحدهما قبل موت الموصى، والفرق: أن في تلك المسألة الإشراك قد صح، وفي هذه المسألة الإشراك لم يصح؛ لأن الميت ليس من أهل الإشراك ثم فرق بين هذه، وهو^(٦) قوله: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت وبين قوله: وبين فلان وفلان وأحدهما ميت فإن في هذه المسألة للحي منهما نصف الثلث. والفرق: أن في المسألتين جميعاً لمّا لم^(٧) يصح إشراك الميت صار ذكر الميت وعدمه سواء، ولو عدم وجب المال للحي في تلك المسألة. فإن^(٨) [قال]^(٩): ثلث مالي لفلان فلم يحب جميع المال للحي في تلك المسألة.

وإن قال: ثلث مالي لفلان^(١٠) وسكت فإنما وجب له شريك مجهول في الثلث فيعطى الورثة ما شاؤوا.

وأما قوله: لفلان وللמותى فلما قلنا في الميت. أما قوله^(١١): أو لعقبه فلان^(١٢) العقب اسم لما يعقب الإنسان بعد موته فما دام حياً ليس له عقب فلم يصح الإشراك.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وللحي أو لفلان وللمساكين كان نصفه لفلان ونصفه للحي. هذا إذا قال: ثلث مالي لفلان وللحي. أما إذا قال: ثلث مالي لفلان وللمساكين على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى: لفلان نصف الثلث وللمساكين نصف الثلث وعلى قول محمد رحمهما الله تعالى: لفلان ثلث الوصية وللمساكين ثلثاها. وهذا بناء على من أوصى بثلث ماله للمساكين جاز الصرف إلى مسكين^(١٣) [واحد]^(١٤) عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، وعند محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز صرفه إلا إلى المسكينين والمسألة معروفة في أول وصايا الجامع الصغير^(١٥).

- | | |
|------------------------|---|
| (١) في دجة ودد: ساقطة. | (٩) في داء: ساقطة. |
| (٢) في داء: إضافة. | (١٠) في دجة ودد: بين فلان |
| (٣) في داء: ساقطة. | (١١) في دجة ودد: فلما قلنا في الميت وأما قوله |
| (٤) في دجة ودد: ساقطة. | ساقطة. |
| (٥) في داء: ساقطة. | (١٢) في دجة ودد: ساقطة. |
| (٦) في دجة ودد: وهي. | (١٣) في دجة: لمسكين. |
| (٧) في دجة: لم: ساقطة. | (١٤) في داء: ساقطة. |
| (٨) في دجة: بأن. | (١٥) في دجة ودد: ساقطة. |

وأما فيما يستحب للموصي أن يوصي وفيما لا يستحب الخ .

ولا ينبغي للرجل أن يوصي بشيء إذا كان له مال قليل بل يدع ذلك لورثته حتى لا يسألون الناس لما روي عن النبي عليه أفضل الصلاة والسلام : «أَنْتُمْ قَالِ لِلَّذِي شَبِلَ غَنَهُ وَقَالَ : أَوْصِي بِجَمِيعِ مَالِي فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : لَا ، فَقَالَ : أَوْصِي بِثُلُثِي مَالِي ، فَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : لَا ، فَقَالَ : يَنْصِفْ مَالِي ، فَقَالَ ﷺ : لَا ، فَقَالَ : بِثُلُثِ مَالِي ، فَقَالَ ﷺ : «الثُلُثُ وَالثُلُثُ كَثِيرٌ إِنَّكَ أَنْ تَدَعَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ»^(١).

وأما في [أي]^(٢) الأمور أفضل بالوصية [به]^(٣) الصدقة أو الحج :

قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : الحج أفضل من الصدقة ؛ لأن فيه من التعب^(٤) ما ليس في الصدقة ، وقال محمد رحمه الله تعالى : الصدقة أفضل ؛ لأنها أنفع^(٥).

وأما [فيما]^(٦) يجوز للموصي أن يفضل بعض أصحاب الوصايا على البعض :

رجل وقف أرضاً له^(٧) وشرط أن تصرف غلته^(٨) على أقربائه وأراد الوصي أن يفضل البعض على البعض في القسمة ينظر^(٩) إلى الصك إن قال : عقيب ذكر القسمة متصلاً به ويعمل القيم ذلك برأيه فله ذلك ؛ لأن هذا دليل على التفضيل وإن لم يذكر ذلك ليس له ذلك^(١٠).

وأما فيما يجب على الوصي البداية بتنفيذه وفيما لا يجب إلخ :

إذا كان لله تعالى على رجل من الحقوق شيء ما^(١١) فأوصى بذلك والثالث يفي^(١٢) بالكل إن كان كله تطوعاً فيبدأ بما نطق به أولاً ؛ لأن الكل في الدرجة سواء فالترجيح بالسبق بالذكر ، وكذلك لو كان كلها فريضة ، ولو كان بعضها تطوعاً وبعضها واجب يبدأ بما هو واجب وإن أخر ذلك في الذكر ؛ لأنه أهم وإن كان بعضها فريضة وبعضها واجباً يبدأ بالفريضة أولاً لما ذكرنا .

ولو أوصى مع ذلك بوصية لإنسان بعينه تحاصراً^(١٣) ذلك في [الثالث]^(١٤) أن^(١٥) يعطى له بقدر ما يصيبه ثم يجمع بين هذه الوصايا ويفعل به على ما وصفتنا .

امرأة أوصت إلى ابنتها^(١٦) بأن تعطي الفقراء من الثلث من^(١٧) مالها مائة درهم ولأقرباء مائة درهم ، وأن تعطي لما تركت من الصلاة لكل صلاة منوين من الحنطة وقد

- | | |
|---|--|
| (١) سبق تخريجه . | (١٠) في «د» : ساقطة . |
| (٢) في «أ» و«ج» : ساقطة ، وهي في «د» . (١١) في «ج» و«د» : شيء ما . غير واردة . | |
| (٣) في «أ» و«ج» : ساقطة ، وهي في «د» . (١٢) في «ج» و«د» : يفي ، وفي «أ» : قضى ، وقد أتينا الأول | |
| (٤) في «ج» : التبع . | (١٣) في «أ» و«ج» : حاصراً ، وفي «د» : تحاصوا ، وقد أتينا |
| (٥) في «ج» : لأنها أنفع : ساقطة . | هذا الأخير . |
| (٦) في «أ» و«ج» : ساقطة وهي في «د» . (١٤) في «أ» : ساقطة . | |
| (٧) في «د» : ساقطة . | (١٥) في «ج» : ساقطة . |
| (٨) في «ج» : غلته . | (١٦) في «ج» : أنها . |
| (٩) في «ج» : يرجع . | (١٧) في «ج» : ساقطة . |

(١) في «د» قسم. (٢) في «ج» و«د»: بعد. (٣) في «د»: وجعل.
(٤) في «د»: ابتدأ. (٥) في «أ»: ساقطة.
(٦) في «ج» و«د»: وحيج، وفي «أ» ترجيع وقد أثبتنا الأول.
(٧) في «د»: ساقطة.
(٨) في «ج» و«د»: ساقطة. (٩) في «أ»: ساقطة.
(١٠) في «ج»: الفسمة، وفي «د»: التسمية، وقد تركناها على أصلها.
(١١) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د». (١٢) في «ج» و«د»: يقدم.
(١٣) في «ج» و«د»: ثم، وفي «أ»: من، وقد أثبتنا الأول. (١٤) في «أ»: ساقطة.

وفوائت صلواتي وصباي ونذوري لله تبارك وتعالى علي^(١). تقسم الحنطة على خمسة أسهم، خمسان^(٢) من ذلك يعطى من النذور والواجبات كيف شاء وكم^(٣) شاء، وحمص من ذلك لكفارة الأيمان يعطى لكل إنسان منوين والخمسان الباقيان حصة الصلاة والصوم^(٤) له أن يعطى لإنسان [واحد]^(٥) منه كسراً^(٦) بقدر^(٧) أن يشبع.

رجل أوصى بأن يعطى عن كفارة لولد ولده وهو غير وارث، يعطى ولا يكون كفارة كمن أوصى أن يعق مدبره عن كفارة يمينه، يعق ولا يكون كفارة كذا هنا.

رجل قال في مرضه: إني^(٨) كنت جامععت امرأتي في نهار رمضان عامداً فاسألوا أهل الفقه ماذا يجب عليّ فأعطوا عني ما يجب عليّ إن كان يخرج^(٩) قيمة الرقبة من ثلث ماله^(١٠) مع سائر وصاياه أعتق عنه رقبة وأطعم لقضاء الصوم نصف صاع من حنطة وإن [لم]^(١١) يخرج وأبى الوارث^(١٢) ذلك أطعم ستين مسكيناً لكل مسكين مذان^(١٣) من الحنطة^(١٤) ومذان لقضاء الصوم.

وأما في الوقت الذي يجوز^(١٥) للوصي دفع المال إلى اليتيم وفيما لا يجوز:

لا يجوز^(١٦) للوصي دفع المال إلى اليتيم ما لم يؤنس منه رشداً لقوله تعالى: ﴿إِن مَّا أَفْسَـمُ بِهِمْ بُشْـدًا فَاذْهَبُوا إِلَيْهِمْ أُنْزِلَتْ لَهُمْ﴾^(١٧). الله تبارك وتعالى أمر بالدفع عند إيناس الرشيد منه^(١٨).

وأما في المكان الذي يصرف مال الوصية إلى فقرائه^(١٩):

ولو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله على فقراء بلخ فالأفضل أن يصرف إليهم^(٢٠) ولا بجاوز عنهم؛ لأنه أوصى إليهم^(٢١).

رجل أوصى وهو في بلده ووطنه في بلد آخر بثلث ماله على المساكين، فإنه يصرف إلى مساكين بلده الذي^(٢٢) وطنه فيها ولو صرف إلى مساكين البلدة^(٢٣) التي مات فيها جاز؛ لأن المقصود من هذه الوصية إيصال البر إلى المساكين وهم في المسكنة سواء. وذكر في بعض

(١) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٢) في «ج» و«د»: سمان، وفي «أ»: خمسان، وقد تركناها (١٣) في «ج»: متين.

(٣) في «ج»: لمن، وفي «د»: وكم شاء: ساقطة.

(٤) في «ج»: الصيام.

(٥) في «أ»: ساقطة.

(٦) في «ج» و«د»: كثيراً، وقد تركنا ما في «أ».

(٧) في «ج»: بقدر وفي «أ» و«د»: بعد والمشت ما في «ج».

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «د»: مجتمع.

(١٠) في «د»: مالي.

(١١) في «أ»: ساقطة.

(١٢) في «د»: بلده.

(١٣) في «ج»: بلده.

(١٤) في «ج»: بلده.

(١٥) في «ج»: بلده.

(١٦) في «ج»: بلده.

(١٧) في «ج»: بلده.

(١٨) في «ج»: بلده.

(١٩) في «ج»: بلده.

(٢٠) في «ج»: بلده.

(٢١) في «ج»: بلده.

(٢٢) في «ج»: بلده.

(٢٣) في «ج»: بلده.

المواضع: فما^(١) كان معه يصرف إلى فقراء هذه البلدة وما كان في وطنه يصرف إلى فقرائهم اعتباراً بالزكاة فإنه إذا كان له مال في بلدين يصرف زكاة^(٢) كل مال إلى فقراء البلدة التي هو فيها. وأما فيما يجب تنفيذه^(٣) الوصية بأكثر مما ذكره الموصي من العدد في الوصية وفيما لا يجب:

رجل قال: أوصيت لفلان بثلث مالي وهو ألف درهم فإذا ثلثه أكثر فله الثلث بالتمام ما بلغ؛ لأن قوله: وهو ألف درهم غير محتاج إليه [بل المحتاج إليه]^(٤) ثلث ماله. ألا ترى أنه لو اقتصر عليه كان له الثلث بالتمام ما بلغ.

وكذلك لو أخرج^(٥) كيساً، وقال: أوصيت بجميع ما في هذا الكيس وهو ألف درهم فإذا فيه أكثر فالكل له كما ذكرنا.

ولو قال: أوصيت لفلان بجميع ما في هذا البيت وهو كثر من طعام فإذا فيه أكثر ووجد^(٦) فيه حنطة وشعيراً كان الكل للموصى له إذا خرج من الثلث.

وكذلك لو قال: وهبت لك جميع ما في هذا الكيس وهو ألف درهم فدفع إليه فإذا فيه ألفان أو فيه دنائير فالكل له، وكذلك لو قال: أوصيت لفلان بصبيي من هذه الدار وهو الثلث فإذا له^(٧) نصف كان له نصف الدار إن خرج من الثلث.

ولو قال: أوصيت بجميع ما في هذا الكيس بألف درهم فإذا فيه^(٨) دنائير أو فيه^(٩) جواهر وليس فيه شيء من الدراهم كان للموصى له من مال الميت ألف درهم.

ولو قال: أوصيت لفلان بألف درهم وهو عشر مالي وعشر ماله أكثر أو أقل لم يكن له إلا الألف.

ولو قال: أوصيت لفلان بما في هذا الكيس بألف درهم، وهو نصف هذا الكيس^(١٠) فوجدوا في الكيس ثلاثة آلاف كان له الألف وإن لم يكن فيه إلا خمسمائة كان له ذلك لا يراد عليه.

ولو كان في الكيس دنائير أو جواهر لم يكن للموصى له منه شيء وعلى قياس المسألة الأولى ينبغي أن يكون له الألف من مال الميت.

وأما فيما تصرف الوصية بالثوب إلى الثوب المخيط^(١١) دون غيره:

رجل قال في الوصية بالفارسية: (دوسم راحا مدكر) فهذا اللفظ يقع على المخيط بين

- | | |
|--|--|
| (١) في «د»: مثلاً. | (٦) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «ج»: هو النصف. |
| (٣) في «ج» و«د»: تنفيذه وفي «ه»: تنفيذه. | (٨) في «ج» و«د»: هو. |
| وقد أثبتنا الأول. | (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٤) في «ه»: ساقطة. | (١٠) في «ج» و«د»: ألف... الكيس: ساقطة. |
| (٥) في «ج» و«د»: أخرج. | (١١) في «ج» و«د»: فالثوب هو المخيط. |

الناس دون الكرياس .

وأما فيما يكمل الوصية من مال الميت وفيما لا يكمل :

رجل أوصى بأن تباع داره ويشتري بثمانها عشرة أوقار حنطة وألف من من خبز ويتصدق بثمانه^(١) على الفقراء فيبيع^(٢) ولم يصل^(٣) ثمنه [إلا]^(٤) إلى^(٥) ما أمر به^(٦) إن كان في الثلث وفاء بذلك [وإن لم يكن فيه وفاء بذلك]^(٧) يكمل من الثلث ويشتري ما أمر به ؛ لأن محل تنفيذ الوصية الثلث إلا أنه إنما عين ثمن الذار ؛ لأن عنده أن في بعض أمواله خبثاً ولا خبث في ثمن الذار فإنما عين لهذا لا^(٨) ؛ لأن الوصية تقتصر عليه . والله تعالى أعلم .

الفصل السادس

فيمن يجب عليه إصلاح الأرض الموصى بها بعد قلع الأشجار

الموصى بها لآخر الخ

رجل أوصى بأرض كرمه لرجل وبأغراسه لآخر وبأشجاره لآخر^(٩) فقطع^(١٠) صاحب الأشجار [أشجاره]^(١١) فعليه تسوية الأرض [وإصلاحه]^(١٢) ؛ لأنه هو المخرب فعليه إصلاحها .

وكذلك إذا استأجر أرضاً وغرس فيها أشجاراً فانتهت المدة وقلعت الأشجار فعليه تسوية الأرض^(١٣) لما ذكرنا .

وأما فيمن يجب عليه نفقة العبد الموصى به ومؤونة^(١٤) إصلاح الزرع الموصى به ومؤونة حمل الحنطة الموصى بها وغيره :

رجل أوصى بركة [عده]^(١٥) لفلان ويخدمته لآخر فالنفقة على صاحب الخدمة ؛ لأنه هو المستفيع به^(١٦) .

وكذلك إذا مرض مرضاً يرجى برؤه فنفقة عليه . فأما إذا كان لا يرجى برؤه فنمته

- | | |
|--|--|
| (١) في وجه : به . | (١٠) في وجه ووجه : في دة : قلع . |
| (٢) في وجه : ساقطة ، وفي دة : فيع . | (١١) في دة : ساقطة . |
| (٣) في وجه : ولا يصرف ، وفي دة : ولا يصل . | (١٢) في دة : وجه : ساقطة . |
| (٤) في دة : ساقطة . | (١٣) في وجه : لأنه هو المخرب ... تسوية الأرض : ساقطة . |
| (٥) في دة : ساقطة . | (١٤) في وجه : ساقطة . |
| (٦) في دة : ساقطة . | (١٥) في دة : ساقطة . |
| (٧) في دة : ساقطة . | (١٦) في دة : ساقطة . |
| (٨) في وجه ووجه : لا : ساقطة . | |
| (٩) في وجه : وبأشجاره لآخر : ساقطة . | |

على صاحب الرقبة؛ لأنه مملوكه.

مريض أوصى بأن يشتري من ثلث ماله حنطة وخزراً ينصدق به على المساكين واحتج إلى الحمل إن لم يذكر الحمل في وصيته ذلك فالأجرة في مال الميت.

رجل أوصى بعبده لإنسان والموصى له غائب فنفقته في مال الموصى؛ لأن الوصية تصح بعد القبول وبعد^(١) القبول ملكه فيه ثابت، فإن حضر الغائب إن قبل يرجع عليه بالنفقة وإن فعل ذلك^(٢) بأمر القاضي؛ لأنه متى قبل ثبت الملك من وقت الموت^(٣) ويرجع عليه بأمر القاضي فإن لم يقبل فهو ملك الورثة.

رجل أوصى لآخر بأن يزرع كل سنة^(٤) عشرة أجرة من أرضه بالبذور ومؤونة الشقي والخراج على الموصى له؛ لأن هذه وصية بركة الأرض له ليزرع فيها.

ولو أوصى بأن يزرع كل سنة عشرة أجرة فذلك كله^(٥) له في مال الميت.

ولو كان التمر مقلوعاً^(٦) والزرع محصوداً فأوصى به لرجل فالخراج على صاحب الأرض والأصل في جنس هذه المسائل^(٧) أن كل شيء لو^(٨) أصابته آفة لم يلزم الخراج صاحب الأرض فإذا أوصى به فعلى الموصى له الخراج، وكل شيء لو^(٩) أصابته آفة، يلزم صاحب الأرض الخراج فإذا أوصى به فليس على الموصى له الخراج؛ لأن الوصية لا تكون أبلغ حالاً من الآفة فإذا لم يسقط عنه بالآفة فلا يسقط عنه^(١٠) بالإبضاء.

ولو أوصى لأحدهما بوسادة ولآخر بقطن في وسادة فمؤونة القطن على صاحب القطن؛ لأنه هو المحتاج إلى الاستخراج.

رجل أوصى بتين الحنطة لرجل وبالحنطة لآخر. إن [كان]^(١١) ذلك يخرج من الثلث فنفقته عليهما على قدر قيمة ما أصاب؛ لأن ذلك حقهما، وإن بقي من الثلث شيء فالنفقة في تخليص ذلك في مال اليتيم^(١٢)؛ لأنه ملكه، هكذا روي عن الحسن بن زياد رحمه الله تعالى. ولو أوصى بدهن هذا السمس لأحد وبكسبه لآخر فالتخليص على صاحب^(١٣) الدهن.

وكذا [لو] أوصى بما في اللبن من الزبد لرجل وبالمخيض لآخر فالنفقة في إخراج^(١٤) [الزبد]^(١٥) على صاحب الزبد؛ لأن الدهن والزبد فيه إلا أنه مستتر^(١٦) بغيره محتلط بأجرائه، وبإخراجه يتغير ما لشريكه عن حاله والمقصود منه إخراج الزبد والدهن فعليه

(١) في جزء واحد: قبل. (٢) في جزء واحد: ساقطة.
(٣) في جزء واحد: الميت، وفي جزء الموت، وقد أثبتنا ما في جزء.
(٤) في جزء واحد: كل سنة: ساقطة، وفي جزء سنة: غير واردة. (٥) في جزء واحد: ساقطة.
(٦) في جزء واحد: مقطوعاً. (٧) في جزء واحد: ساقطة. (٨) في جزء واحد: ساقطة.
(٩) في جزء واحد: ساقطة. وفي جزء: لو. (١٠) في جزء واحد: ساقطة.
(١١) في جزء واحد: ساقطة، وفي جزء: الميت. (١٢) في جزء واحد: نصيب.
(١٣) في جزء واحد: ساقطة، وفي جزء: الميت. (١٤) في جزء واحد: ساقطة.
(١٥) في جزء الإخراج. (١٦) في جزء واحد: ساقطة، وفي جزء: ساقطة.

تخليصه بخلاف اثنين مع الحطة.

ولو أوصى بشاة مذبوحة لرجل وبجلدها لآخر فالنفقة عليهما.

ولو أوصى بذلك وهي حية فأجرة الذبح على صاحب اللحم وأجر السلخ عليهما جميعاً؛ لأنَّ التذكية لأجل اللحم لا لأجل الجلد. وأما السلخ: فهو لهما فصار كالتين مع الحنطة فإن التدرية لإخراج كل واحد منهما عن صاحبه، بخلاف اللبن والسمسم، لأنَّ العمل فيهما لإخراج الدهن والزبد لا لغيره.

وأما فيما يدخل تحت الوصية تباً وفيما لا يدخل:

رجل أوصى إلى رجل نغلة كرمه وفي الكرم قوائم، وأوراق وحطب وثمره^(١) يدخل الكل^(٢) في الوصية؛ لأنَّ ذلك من^(٣) جملة غلة الكرم. ألا ترى: [أنه]^(٤) لو دفع كرمه^(٥) معاملة فإنه يدخل الكل كما تدخل الثمرة.

ولو أوصى لرجل بثياب بدنه فإنه يدخل فيه ما يلبس وهو القميص والأردية والإزار والسرائيل^(٦) والطبالسة والكساء، ولا تدخل فيه القلائس والجوارب والخفاف. هكذا روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

رجل أوصى أن تعتق عبيده ولعبيده ثياب كساهم المولى ولهم متاع وغير ذلك لا يكون لهم سوى ما يورث عورتهم؛ لأنَّ ذلك ملك وللعنتي^(٧) أثر في تخليص النفس عن ذل الرق. أما الثياب والمتاع فهو باق على ملك المولى^(٨).

ولو أوصى لإنسان بسيف فله الجفن والحمائل؛ لأنه تابع للسيف عرفاً وإن كان منفصلاً عنه^(٩) حقيقة. وقد أبو يوسف رحمه الله تعالى: له الفصل دون الجفن؛ لأنه^(١٠) غيره، وأنه^(١١) منفصل عنه وعلى هذا لو^(١٢) أوصى له بسرج فله السرج مع متاعه. وقال أبو يوسف: لا يكون له اللبد والزبادة وما أشبه ذلك. والصحيح: ما قلنا؛ لأنَّ السرج متى أطلق يراد به ما يجلس عليه من^(١٣) الحنايا^(١٤) وتوابعها [عرفاً]^(١٥) لا ما يجلس عليه وهو الحنايا^(١٦) لا غير، وعلى هذا إذا أوصى بمصحف وله غلاف^(١٧) له المصحف^(١٨) دون الغلاف عند أبي يوسف رحمه الله تعالى، وقال زفر: له المصحف والغلاف.

- | | |
|--|---|
| (١) في آية ودد: فالثمره. | (١٠) الضمير يعود إلى الجفن كما هو مصرح به في آية ودد. |
| (٢) في آية ودد: ساقطة. | (١١) في آية: وهو. |
| (٣) في آية ودد: في. | (١٢) في آية ودد: إذا. |
| (٤) في آية: ساقطة. | (١٣) في آية: وهو. |
| (٥) في آية: الكرم. | (١٤) في آية: الحنا. |
| (٦) في آية ودد: السراويلات، وفي آية: السراويل. والأول أصح. | (١٥) في آية: ساقطة. |
| (٧) في آية: والمعنى. | (١٦) في آية ودد: الحنا. |
| (٨) في آية: الموصى. | (١٧) في آية: وله غلاف: ساقطة. |
| (٩) في آية: ساقطة. | (١٨) في آية: وله غلاف له المصحف. غير واردة. |

وكذلك لو أوصى له بميزان فله الكفتان والعمود واللسان وليس له الطراد والسحاح. وأما القناس فله العمود والحديد والزمانة والكمة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعاً. لأن القناس اسم لهذه الجملة. وقال محمد رحمه الله تعالى: إذا أوصى بحنطة له بي جرائق، له الحنطة دون الجرائق؛ لأنه أوصى بما هو المظروف دون الظرف.

ولو أوصى له بجراب [فيه ثياب]^(١) هروي فله الثياب والجراب؛ لأن الجراب تبع لها عرفاً^(٢)؛ لأن اسم الجراب يتناول الظرف حقيقة فلا يخرج عن الوصية.

وكذا لو أوصى له^(٣) بدن خل أو بقوصرة تمر فله البدن وما فيه^(٤) والقوصرة مع^(٥) التمر.

ولو أوصى له بقبة فله العمدان دون^(٦) الكسوة؛ لأنها اسم للخشب.

ولو أوصى بقبة تركية وهو الحركة فله العبدان واللبود؛ لأن الاسم يتناول [الكل]^(٧) باعتبار العرف.

ولو أوصى بسلة الزعفران. فله الزعفران^(٨) دون السلة؛ لأن السلة شيء يذكر للتقدير عرفاً فصار كأنه قال: أوصيت لك بمنوني زعفران بخلاف الجراب الهروي وغير ذلك وإنما افترقا لمكان العرف والمرجع في هذا الباب^(٩) العرف.

ولو أوصى بهذا الزق [العسل]^(١٠) أو بهذا الزق السمن، أو بهذا الزق الزيت فله العسل والسمن والزيت دون الزق، لأنه في العرف يراد بذلك العسل والسمن والزيت وإنما يذكر الزق للتقدير^(١١) لا ليصير [ذلك]^(١٢) الزق موصى به كما في الزعفران.

وأما فيمن يدخل تحت الوصية من الفقراء^(١٣) والمساكين وذوي القربى وغيرهم من القبيلة والفخذ وغيره وفيمن لا يدخل:

رجل أوصى بأن يتصدق على كل فقير في سكة بدرهم وفي السكة فقير له مملوك إن كان عليه دين يستحق درهماً كما يستحق مولاه. وإن لم يكن عليه دين لا يعطى له من ذلك شيء.

رجل^(١٤) قال: أوصيت للفقراء بثلاث مائتي ألف درهم وكان في حياته رجل غني فافتقر بعد موت الموصي فدفع الألف إليه جاز.

ولو خص^(١٥) فقال: لفقراء هذه السكة والمسألة بحالها لم يجز.

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------------------|
| (١) في دأه ودأه: ساقطة. | (٩) في دأه ودأه: الكتاب. |
| (٢) في دأه: تبع لها عرفاً: ساقطة. | (١٠) في دأه: ساقطة. |
| (٣) في دأه: ساقطة. | (١١) في دأه: الرق للتقدير: ساقطة. |
| (٤) في دأه: ساقطة. | (١٢) في دأه ودأه: ساقطة. |
| (٥) في دأه: مس. | (١٣) في دأه: للفقراء. |
| (٦) في دأه: ساقطة. | (١٤) في دأه: ساقطة. |
| (٧) في دأه: ساقطة. | (١٥) في دأه: حصر. |
| (٨) في دأه: فله الزعفران: ساقطة. | |

ولو أوصى بثلث ماله أن مرقى على الفقراء وله ولد محتاج لا يعطى له شيء ويعطى [لولد] ^(١) الولد إن كان محتاجاً؛ لأنه ليس بوارث.

ولو أوصى للمساكين والفقراء فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: المسكين هو الذي يطوف ويسأل، والفقير وهو ^(٢) المحتاج الذي لا بطوف. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هما سواء والمسألة معروضة في الزكاة.

رجل قال لوصيه: اخرج من مالي الثلث فتصدق بألف درهم على الفقراء ولم يزد على هذا حتى مات وثلث ماله ألفان لا يلزمه التصديق إلا بألف؛ لأنه نص عليه.

ولو قال: أوصيت بأن يخرج من مالي الثلث ولم يزد على هذا فالثالث كله للفقراء؛ لأنه أمر بإخراج الثلث والتميز من بين سائر الأموال وذلك لا يكون إلا بالصرف إلى موضع وهذا ^(٣) متعين للصرف فيصرف إليهم دلالة.

رجل أوصى للفقراء أو لأقوام معلومين فهذا على وجهين: إما أن قال: للفقراء ولم يرد على هذا ^(٤)، أو قال: لفقراء بني فلان أو موضع كذا.

ففي الوجه الأول: يصرف لكل واحد من الأعيان ^(٥) سهم وللفقراء [كلهم] ^(٦) حصة سهم واحد فلو صرف ذلك إلى فقير واحد جاز.

وفي الوجه الثاني: إما ^(٧) أن كانوا عدداً يحصون أو لا يحصون.

ففي الوجه الأول: يصرف لكل واحد سهم ولا يجوز صرفه إلى واحد وصار كالوصية لأقوام معلومين.

وفي الوجه الثاني: الجواب فيه ^(٨) كما قال للفقراء مطلقاً، وهذا [على] ^(٩) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الوصية وقعت للمحسن فصار ذكر الفقراء ذكر الجنس. وعند محمد رحمه الله تعالى: لا يحوز ما لم يصرف إلى الاثنين؛ لأنه أقل الجمع والفقراء اسم جمع.

رجل من عمال السلطان مات و[آته] ^(١٠) أوصى أن يعطى للفقراء كره حنطة وقد أخذ من الناس حطة إن خلطها بحنطة نفسه فعلى قول أبي يوسف ^(١١) رحمه الله تعالى: يصير بالخلط مستهلكاً ووجب عليه الضمان فجاز للأخذ ^(١٢) أخذه إذا كان في تركته ما يؤمى ضمانه، وعلى قولهما: بقي ذلك مشتركاً بين الخالط وأربابها فلا يحل له أن يأخذ من ذلك إلا بإذن أربابها.

رجل أوصى وقال: اخرجوا من مالي عشرين ألفاً، فأعطوا فلاناً ألفاً، وفلاناً ألفين

(١) في داء: ساقطة.

(٢) في داء: ساقطة.

(٣) في داء: هو.

(٤) في داء: وده. ذلك.

(٥) في داء: وده. الأعيان. وفي داء: الأعيان وقد أثبتنا الثاني. (١١) في داء: أبي حنيفة

(٦) في داء: ساقطة.

(٧) في داء: ساقطة.

(٨) في داء: الجواب فيه. ساقطة.

(٩) في داء: ساقطة.

(١٠) في داء: ساقطة.

(١١) في داء: أبي حنيفة

(١٢) في داء: الآخر

وفلاناً ثلاثة آلاف وفلاناً أربعة آلاف وفلاناً ألف فبلغ أحد عشر ألفاً ثم قال: والباقي للفقراء. ومات فإذا ثلث^(١) [ماله]^(٢) تسعة آلاف درهم فحسب ينبغي أن يقسم الثلث على عشرين جزءاً فللموصى لهم من ذلك أحد عشر جزءاً والتسعة أجزاء وهو الباقي^(٣) للفقراء فإذا أردت أن تعرف ذلك فاجعل كل ألف سهماً تسعة آلاف على عشرين كل سهم منه أربعمئة وخمسون فأعط كل ذي سهم من أصحاب الوصايا على قدر سهامهم من أحد عشر وأعط للفقراء من ذلك تسعة أسهم؛ لأنه هو الباقي من عشرين سهماً. هذا إذا قال: أخرجوا من مالي عشرين ألفاً فما إذا قال: أعطوا من ثلث مالي فلاناً كذا وفلاناً كذا حتى انتهى إلى أحد عشر وأعطوا الباقي للفقراء؛ [فإذا ثلث ماله تسعة آلاف تقسم التسعة على أحد عشر يعطى كل ذي حق حقه، ولا شيء للفقراء]^(٤)؛ لأنه لم يبق من الثلث [شيء]^(٥).

ولو أوصى لذوي قرابته فهو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعداً الأقرب فالأقرب فإن الثلث [لهم]^(٦) فإن^(٧) كان واحداً فله نصف الثلث فإن كان له عمّ وخالان فنصف الثلث للعم والنصف للخالين، وإن^(٨) كان عمّان فالثلث لهما دون الخالين في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إن كانوا ذوي رحم [محرم]^(٩) أو ذوي رحم فالثلث بينهم الأبعد والأقرب فيه سواء. وهذا إذا كان له أولاد يحوزون ميراثه فالخلاف في أربعة مواضع:

أحدها: أن عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يتناول ذا الرحم المحرم ولا يتناول ذا الرحم غير المحرم^(١٠) وعندهما رحمهما الله تعالى: يتناول الكل.

والثاني: عند أبي حنيفة: يتناول الاثنان فصاعداً ولا يتناول الواحد وعندهما رحمهما الله تعالى: يتناول [الكل]^(١١).

والثالث: [أن]^(١٢) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يتناول الأقرب فالأقرب وعندهما رحمهما الله تعالى: يتناول الأقرب والأبعد سواء حتى يتناول كل من ينسب إليه إلى أقصى أب في الإسلام حتى لو كان الموصى علويّاً يتناول كل من ينسب إلى علي رضي الله تعالى عنه. والرابع: أن عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لا يدخل فيها الولد والوالد، وعندهما: يدخل.

أما الكلام في الموضع الأول: هما رحمهما الله تعالى يقولان: القرابة اسم عام يشتغل على ذي الرحم المحرم وعلى ذي الرحم غير المحرم فيدخل الكل في الوصية وأبو حنيفة

- | | |
|--|--|
| (١) في «ج»: ثلث. وفي «أ»: ثلاثة والمثبت الأول. | (٧) في «ج»: فلو. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: فلو. |
| (٣) في «ج»: وهو الباقي: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: ولا يتناول ذا الرحم المحرم ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١١) في «أ»: ساقطة. |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة. |

رحمه الله تعالى يقول: إن الوصية برّ وصلة وقد أوجبها باسم [له] ^(١) أثر في إيجاب الصلة وهو القرابة فوجب أن تختص الوصية بقرابة لها أثر في إيجاب الصلة وهي قرابة ذي الرّحم المحرم والثاني ^(٢) مذكور في الزيادات فلا تعيده.

ولو أوصى لقبيلة دخل الكلّ فيهم والقبيلة يدخل فيها كل من ينسب إلى أبيه وحده وإلى أقصى فخذ في الإسلام دون من ينسب إلى أمه ودخل الموالى فيهم. أما دخول الكل؛ فلأن القبيلة اسم عام يتناول القريب والبعيد. وما لها أثر في إيجاب الصلة لتختص بالقرابة الموجبة للصلة.

وأما دخول من ينسب إلى أبيه دون أمه؛ فلأن قبيلته قوم أبيه.

وأما دخول الموالى ^(٣)؛ فلأن الموالى ^(٤) تنسب إلى القبيلة.

ولو أوصى لفقرء أهل بيته فكل من ينسب إلى أقصى فخذ في الإسلام بجمعهم من قبل الرجال يدخل في ذلك إلى أقصى أب في الإسلام الرجال والنساء فيه سواء وكذا محتاجي أهل بيت فلان؛ لأن أهل بيت الرجل ^(٥) من كان من قوم الأب والبيت بيت النسبة وبيت النسبة للأب. ألا ترى: أن إبراهيم بن محمد عليهما الصلاة والسلام من أهل بيت النبوة، ولم يكن من القبط، وأنسابه وأقرباؤه وذو قرابته حكمهم سواء على الاختلاف؛ لأن الكل مبني على معنى واحد فكل اختلاف ذكرناه ثمة فهو الاختلاف هنا.

ولو ^(٦) كان ثلاثة إخوة متفرقين وأوصى بالثالث لإخوته فإن له ابن صحت الوصية ^(٧) لهم وكذلك ابن الابن. أما صحة الوصية فلأنهم ليسوا بورثة، وأما الاستواء في الوصية: فلاستوائهم في اسم الأخوة بخلاف ما إذا أوصى لذوي قرابته وله عم وحال. فالعم أولى عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن الوصية ثمة حصلت باسم القرابة وهو مأخوذ من القرب والعم أقرب فكان أولى. أما هنا الوصية حصلت باسم الأخوة وقد استوا في اسم الأخوة، وإن كانت له ^(٨) ابنة بطلت ^(٩) حصة الأخ من الأب [والأم] ^(١٠) وهو التسع؛ لأنه الوارث مع البنت ويأخذ كل واحد من الأخوين الباقيين سهماً سهماً يبقى تسعة ^(١١) تأخذ البنت النصف والباقي للأخ من الأب ^(١٢) والأم فاجعل [المال] ^(١٣) ثمانية عشر ليرول الكسر وإن لم يكن لهم ^(١٤) [وارث] ^(١٥) سواهم كان للأخ من الأب التسع؛ لأن الأخ من الأب والأم والأخ من الأم وارثان فتسقط حصتهما وبقي ^(١٦) تسعان وبقي حصة الأخ من الأب

- | | |
|---|-------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «د»: فطلب. |
| (٢) في «ج» و«د»: والثاني، وفي «أ»: والباقي، وقد أثبتنا الأول. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: المولى. | (١١) في «ج»: سبعة. |
| (٤) في «ج»: المولى. | (١٢) في «ج» و«د»: للأب. |
| (٥) في «ج»: الرجال. | (١٣) في «د»: له. |
| (٦) في «ج»: وإن. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: ساقطة. | (١٥) في «ج» و«د»: وهو. |
| (٨) في «ج»: ساقطة. | (١٦) في «أ»: ساقطة. |

[وهو] ^(١) التسع فيبقى ثمانية للأخ من الأم سدسها فانكسر الحساب بالأسدس ويبقى ثمانية ^(٢) ويبقى مخرج السدس موافقة بالنصف فضربتنا نصف مخرج السدس وهو ثلاثة ^(٣) في أصل الفريضة وهو تسعة فبلغ الحساب ^(٤) سبعة وعشرين للأخ من الأب ^(٥) التسع ثلاثة بقي أربعة وعشرون للأخ لأم سدسها أربعة. يبقى عشرون فهو للأخ لآب وأم.

ولو أوصى لبني فلان وهو أب واحد ^(٦) وله بنون وبنات فالتث للذكر خاصة في قول أبي يوسف رحمه الله تعالى.

ولو أوصى لبني فلان وهم قبيلة دخل الذكور والإناث وقال محمد رحمه الله تعالى: هما سواء يدخل الإناث أيضاً ولأبي حنيفة رحمه الله تعالى: قولان: قوله ^(٧) الأول: مثل قول محمد رحمه الله تعالى، وقوله الآخر: مثل قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، [محمد رحمه الله تعالى] ^(٨) يقول: إن الإناث متى اختلطت بالذكور ينعنون بنعت الذكور كما في القبيلة وأبو حنيفة، وأبو يوسف رحمهما الله تعالى يقولان: اسم البنين ^(٩) كما يذكر ويراد به الذكور ولإناث يذكر ويراد به الذكور فتيقننا بدخول الذكور وشككا في دخول الإناث فلا تدخل الإناث بالشك، ولهذا لو حلف لا يكلم بني فلان ولفلان ذكر وأنثى لا تدخل الأنثى.

ولو قال لولده: وله بنات وابن ابن كانت لبناته خاصة؛ لأن ابنته ولده حقيقة وابن ابنه ولده مجازاً، بدليل أنه يجوز نفي اسم الولد عنه والحقيقة صارت مراداً فلا يبقى المجاز مراداً وإن لم يكن له بنات كان لبني ابنه؛ لأن الحقيقة غير مراد فانصرف اللفظ إلى المجاز، ولا يدخل ولد الابنة في ذلك؛ لأن ولد الابنة منسوب إلى قوم أبيه. وذكر في بعض المواضع: أنه ولد الابنة يدخل في الوصية والوقف على أولاد فلان. ففي المسألة روايتان: في ظاهر الرواية: لا يدخل، وفي غير ظاهر الرواية ^(١٠): يدخل فالقبيلة اسم لمثل قريش والفخذ والبطن اسم [لمثل] ^(١١) بني هاشم منها ^(١٢) ويستوي فيهما الذكور والإناث.

ولو أوصى لأهل فلان فهذا على زوجته خاصة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنها المراد في عرف اللسان يقال: فلان تأهل ونسب على أهله أي تزوج. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: هذا على كل من يعولهم وتضمنهم نفقته باعتبار العرف والدليل [عليه] ^(١٣) قوله تعالى: ﴿فَأَعْيِنَنَّ وَأَهْلَهُ إِلَّا امْرَأَتَهُ﴾ ^(١٤).

ولو أوصى لأختائه، فالأختان أزواج البنات وأزواج كل ذي رحم محرم من الموصي ولو أوصى لأصهاره، فهو كل ذي رحم محرم من زوجته [وزوجة كل ذي رحم محرم

(١) في نسخة: وهو. (٢) في نسخة: ساقطة. (٣) في نسخة: وهو ثلاثة. ساقطة.
(٤) في نسخة: ساقطة. (٥) في نسخة: والد الأب، وفي نسخة: الأم، والأول أصح هاتين.
(٦) في نسخة: وأم. (٧) في نسخة: ساقطة. (٨) في نسخة: غير وارده.
(٩) في نسخة: والد البنين، وفي نسخة: النسب، ولعله تصحيف ولداً أينما الأول.
(١٠) في نسخة: لا يدخل، وفي غير ظاهر الرواية: ساقطة. (١١) في نسخة: ساقطة.
(١٢) في نسخة: ساقطة. (١٣) في نسخة: ساقطة. (١٤) سورة المثل، آية رقم ٥٧.

منه^(١)]. هكذا وضع اللغة.

ولو أوصى لجيرانه فهو لجيرانه المتلاصقين بداره من السكان وغيرهم عبيداً كانوا أو أحراراً ذمة أو مسلمين عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأن المجاورة المعتبرة لبناء الأحكام عليه الملاصقة وهو حق الشفعة وقالوا رحمهما الله تعالى: الثلث لهؤلاء وغيرهم من الجيران ممن يجمعهم مسجد واحد فإذا اختلف المسجد زال الاختلاط والمجاورة ولا يتدخل فيه المماليك؛ لأن إكسابهم للمولى ويدخل فيه المكاتبون. وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذا أوصى لأيتام بني فلان إن كان يحصون دخل الفقير والعني والذكور والإناث^(٢) وإن كانوا لا يحصون فالثلث للفقراء منهم وكذا إذا أوصى لعميان بني فلان ولزمامهم أو لأراملهم؛ لأن الاسم يطلق على الكل إلا أنهم إذا كانوا لا يحصون لا يمكن صرف الوصية إلى الكل؛ لأنه لا يصح فصرنا إلى الفقراء لتصح الوصية لاتحاد الجهة. ولو أوصى لأيامى^(٣) بني فلان لا تختص به^(٤) الفقراء.

ولو أوصى لثيب بني^(٥) فلان فإن كن يحصين فالوصية جائزة فلا يختص بذلك الفقراء؛ لأن اسم الثيب يتناول الكل، والثيب عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: كل امرأة جومت بنكاح أو شبهة، والزانية ليست بثيب. وعندهما رحمهما الله تعالى: أن [الثيب]^(٦) امرأة زالت بكارتها بجماع.

ولو أوصى لأبكار، فالبكر كل امرأة لم يشكرها رجل وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: إذا زالت بكارتها بالزنا فهي بكر.

وأما فيمن يدخل تحت إحدى الوصيتين فيدخل في الوصية الأخرى أو لا يدخل:

رجل أوصى لرجل من جيرانه بمائة درهم ثم أوصى لجيرانه بمال. ينظر إلى ما أوصى له من العالية وإلى ما يصيبه^(٧) من الجيران فيدخل الأقل في الأكثر.

رجل أوصى لرجل بمائة درهم ثم أوصى له بثلاث ماله فللموصى^(٨) له^(٩) الثلث من ماله سوى ما كان له من الترامم؛ لأنه أفرد المائة بالذكر عن^(١٠) الثلث.

رجل أوصى لرجل بمائة درهم^(١١) وأوصى له بآخر بألف يعطى له من ذلك خمسمائة وتدخل المائة فيه.

وأما في [اختلاف]^(١٢) الوصي مع الغرماء والورث وغيرهم^(١٣):

رجل له على رجل ألف درهم دين فقضاه فمات القاضي وله غرماء آخر غيره فقال

- | | |
|-------------------------------|----------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ح»: فللموصى. |
| (٢) في «ج»: الذكر والأنثى. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: لا بأس وهو تصحيف. | (١٠) في «ج»: من |
| (٤) في «ج»: بالفقراء. | (١١) في «ج»: ساقطة |
| (٥) في «ج»: بي ساقطة. | (١٢) في «أ»: ساقطة |
| (٦) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «ح»: ساقطة. |
| (٧) في «ج»: مع. | |

التمراء: قضت منه في حالة المرض فنحن وأنت فيه سواء وقال القابض: لا بل قضت في حالة الصحة وليس لكم حق في هذا فإن كان المال قائماً بعينه يشركه^(١) في ذلك ويجعل كآته قبضه في الحال وإن كان مستهلكاً ولا سبيل لهم عليه جعل كآته قبضه في حال الصحة وإن كبر الضي وطلب ماله فقال الوصي: صاع مني. فالقول: قوله مع يمينه؛ لأنه أمين في حفظه [ماله]^(٢) والقول: قول الأمين في الأمانة مع اليمين فإن قال: أنفقت مالك عليك صدق الوصي في نعمة مثله في تلك المدة؛ لأنه مسلط على الإنفاق بنفقة مثله فكان أميناً فيقبل حره إلا أن يدعي شيئاً يكذبه الظاهر، فإن اختلفا في المدة، فقال الوصي: مات أبوه منذ عشرين سنة فقال الابن: مات أبي منذ خمس سنين، فالقول: قول الابن في ذلك. والاختلاف في أربع مسائل: إحداهما: هذه.

والثانية: إذا ادعى الوصي أن الميت مات وترك رقيقاً، فأنفق عليهم إلى وقت كذا ثم ماتوا، وكذبه الابن. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: القول: قول الوصي. وقال محمد رحمه الله تعالى: القول: قول الابن^(٣) والمسألة الأولى على هذا الاختلاف وأجمعوا على^(٤) أن العبد لو كانوا موجودين للحال القول: قول الوصي.

والثالثة: إذا ادعى الوصي أن غلاماً لليتيم أن وأته أعطى جعل الذي أتى به أربعين درهماً وأنكر الابن الإباق على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: القول: قول الوصي^(٥) وعلى قول محمد رحمه الله تعالى: القول: قول الابن إلا أن [بأتي]^(٦) الوصي^(٧) بينة على ما ادعى من ذلك وأجمعوا على^(٨) أنه لو قال: استأجرت رجلاً ليرذه فإنه يصدق؛ لأن الاستتجار من التجارة.

والرابعة: إذا قال الوصي: أديت خراج أرضك منذ مات أبوك عشرين سنة في كل سنة ألف درهم. وقال الابن: إنما مات منذ خمس سنين. محمد رحمه الله تعالى [يقول]^(٩): بأن الوصي يدعي في موت الأب تاريخاً سابقاً والابن ينكر فيكون القول قوله أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن الوصي أمين في ماله، والأمين متى أخبر بخبر محتمل للصدق^(١٠) وجب أن يقبل خبره.

رجل نصراني مات وترك وارثاً فأقر الوارث لرجل مسلم أنك وارث أبي فقال: لا بل لي على النصراني ألف درهم فأخذها لما أقررت لي ليس له ذلك؛ لأنه لو صدقه في ذلك لا يرث؛ لأن المسلم لا يرث من الكافر وكل شيء إذا صدقه كان له أن يأخذ منه فإذا أخذ

- | | |
|---|--|
| (١) في «ج» و«د»: يشاركونه. | (٦) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: الوارث. | (٨) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: والثالث: إذا ادعى الوصي | (١٠) في «ج»: لصدق. وفي «د»: للصدق ولعله تصحيح ولذا أثبتنا الأول. |

القول قول الوصي: ساقطة.

من وجه آخر كان له ذلك نظيره.

رجل مات وترك وارثاً. وقال: هذه امرأة الميت. وقالت: بلى ولي على الميت ألف درهم وذلك قدر الثمن فلها أن تأخذها قصاصاً عن ذلك؛ لأنه لو^(١) صدقها كان^(٢) لها ذلك.

رجل وكل رجلاً ثم إن الوكيل^(٣) وكل آخر وأمره بدفع الغلات فدفع الموكل^(٤) وقال: دفعتها إلى الوكيل وأنكر الوكيل ذلك، فإن دفعها إلى الوكيل بأمر الوصي فالقول: قوله في براءة نفسه؛ لأنه وكيل^(٥) آخر من جهة الوصي وأحد^(٦) الوكيلين إذا دفع إلى الآخر بأمر الوصي كان القول: قوله، وإن دفعها بغير أمر الوصي فهو ضامن؛ لأنه ليس للوكيل أن يوكل غيره وما أخذ فهو مضمون عليه وليس له أن يرجع على الأول إلا أن يقيم البيّنة على الدّفع.

وصي في حجره يتيمان يحجز^(٧) لهما فاشترى لهما متاعاً وحلياً وغيرهما وأنفق عليهما فلما بلغا طلبا منه تفصيل الحساب ليعلما كم أنفق على كل^(٨) واحد منهما إن أمكنه ذلك بفصل وإن لم يمكنه ذلك فالقول قوله في نفقة مثلهما وجهاز مثلهما ولا يجبر على البيان ولو بين كان أحسن؛ لأنه أنفى للتهمة عن نفسه.

رجل أوصى إلى رجل بشيء [مسمى]^(٩)، فقال الوارث: هذا الشيء لي بالقول: قوله مع يمينه إلا إذا كان [ذلك]^(١٠) مقسوماً إلى المورث وعلى الموصى له أمامه البيّنة.

وأما فيما يجوز دعوى الوصي شيئاً من التركة، وفيما لا يجوز:

وصي باع داراً ثم ادعى أنّ الدّار بينه وبين الميت فإن كان الدّار في أيدي الميت حال^(١١) حياته يتصرف فيها تصرف الملاك، لا يصدق الوصي فيما ادعى إلا بيّنة.

وكذلك إذا ادعى ديناً على الميت فيجعل^(١٢) القاضي وصياً آخر عن الميت حتى يقيم هو البيّنة عليه؛ لأنّ البيّنة لا تقبل إلا على الخصم ثم بعد ذلك الحاكم بالخيار إن شاء أخرجه عن الوصايا وإن شاء أعاده. وذكر في بعض المواضع: أن القاضي يجعل وصياً في مقدار ذلك الدين خاصة^(١٣) ولا يخرج من^(١٤) الوصاية، وهذا أصح، وبه أخذ الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى.

وأما إذا نسي الوصي نصيب كل واحد من أصحاب الوصاية فماذا يصنع؟

رجل أوصى^(١٥) بوصايا لأقوام وقد نسي الوصي وصاية كل واحد منهم أنّه أوصاه بكم؟ ينبغي للوصي أن يقول لهم ذلك ويسأذن منهم ليعطى كل واحد ما بدا له فإن أدنوا جاز له ذلك؛ لأنّ في هذا صرف الحق عن المستحق فإن رضي به جاز وإلا فلا.

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ج»: بأن. (٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «ج»: الوكيل. (٥) في «ج»: «و» وكل. (٦) في «ج»: «و». وأحد
(٧) في «ج»: مجهرهما. (٨) في «ج»: ساقطة. (٩) في «أ»: ساقطة.
(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «ج»: ساقطة. (١٢) في «ج»: ساقطة.
(١٣) في «ج»: «و» خاصة، وفي «أ»: يخاصمه وأبنا الأول.
(١٤) في «ج»: ساقطة، وفي «د»: عن.
(١٥) في «د»: وصى.

الفصل السابع^(١)

فيما إذا مات بعض الموصى لهم^(٢)، هل تصير الوصية للباقي أم لا؟ إلى آخره

رجل أوصى بوصايا. ثم قال: والباقي للفقراء فمات بعض من أوصى له، فإنه يصرف ذلك إلى الفقراء؛ لأنهم لما ماتوا لم يجد الوصي نفاذاً^(٣) فيهم فيبقى الباقي وذلك للفقراء. رجل أوصى بوصايا وأوصى للفقراء وأوصى لمعتقه بمائة درهم فمات المعتق قبل موته فنصيبه للفقراء^(٤) إن كانت الوصية من الثلث بأن أوصى بثلث ماله وبين لكل واحد منهم^(٥) نصيباً وجعل الباقي للفقراء. أما إذا جعل لكل واحد وصية مقدرة وللفقراء وصية مقدرة فالمائة^(٦) للورثة؛ لأن في الفصل الأول: لما رضي^(٧) بالثلث فكل ما يدخل^(٨) فهو لهم وليس للورثة منه نصيب، وفي الفصل الثاني: قدر لكل واحد مقدراً^(٩) على حدة فلا يزداد [على]^(١٠) ذلك.

وأما فيما بصير^(١١) سهمه [من الوصية]^(١٢) إلى وارثه بعد موته:

رجل قال: ثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة نفر فمات أحدهم قبل موت الموصى فهذا على وجهين: إما أن كان أبوهم حياً أو ميتاً، فإن كان ميتاً بطل من الوصية ثلثها والثلثان بينهما^(١٣)؛ لأنه^(١٤) لا يتوقع منه ولد سواهم فصار كأنه أوصى بعددهم وسماهم. فقال: ثلث مالي لفلان وفلان وفلان، فإذا مات أحدهم بطلت وصيته. وإن كان حياً فالثلث بينهما نصفان؛ لأنه تنوهم الزيادة والتقصان والوصية وقعت لبني فلان وهم بنو فلان. رجل أمر أن يكتب مساكين أهل مسجد كذا فكتبوا ودفعوا الدراهم على عندهم وقد مات بعضهم قبل أن يصل إليهم فإنه يدفع إلى قريبه^(١٥) إذا كتب اسمه قبل أن^(١٦) يموت.

- | | |
|---|--|
| (١) في «جاء»: الزايع. | (٩) في «جاء» و«د»: بتقدير. |
| (٢) في «جاء» و«د»: له. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «د»: نفذاً. | (١١) في «جاء» و«د»: بصرف. |
| (٤) في «د»: رجل... للفقراء: ساقطة، وهي في «أ» و«جاء». | (١٢) في «أ» و«جاء»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٥) في «د»: منهما. | (١٣) في «جاء»: والثلثان بينهما: ساقطة. |
| (٦) في «جاء» و«د»: المائة، وفي «أ» كالمائة وأثبتنا الأول. | (١٤) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في «جاء»: أوصى. | (١٥) في «جاء» و«د»: ورثه. |
| (٨) في «جاء»: يفصل. | (١٦) في «جاء»: ساقطة. |

وأما فيما يصير مريضاً مرض الموت وفيما لا يصير

رجل أصابه فالج وذهب لسانه أو مرض ولا يقدر على الكلام إلا بالإشارة أو^(١) الكتابة وقد تقدم ذلك مثلاً مرة فهذا بمنزلة الأخرس وكذلك صاحب السل إذا أتى عليه سنة فتصرفاته كتصرفات الأصحاء ولو كن أقل من ذلك فحكمه حكم المريض.

وأما فيما يصح إقرار المريض بالدين وغيره من التصرفات والمحاياة وغيره وفيما لا يصح:

مريضة باعت لابنها^(٢) أرضاً وأقرت باستيفاء الثمن ثم ماتت إن كان الغالب من حالها الموت بحيث لزم الفرائض فاشتد عليها [الحال]^(٣) وكان قيامها بتكليف وشدة فحكمها حكم المريض، ولم يحز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وجاز عندهما رحمهما الله تعالى وبطل إقرارها باستيفاء الثمن؛ لأن هذا إقرار للوارث وآته باطل.

رجل اشترى عبداً في صحته بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله على أنه بالخيار ثلاثة أيام فمرض واختار أو سكوت حتى مضت مدة الخيار [ثم مات]^(٤) فالمحاياة من الثلث.

ولو كان له عبدان قيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر خمسمائة، فقال في صحته: أحدهما حر ثم مرض وبس القيمة^(٥) في كثير القيمة^(٦) فإنه يعتق من جميع المال؛ لأن في الفصل الأول: اقتصر الملك على وقت الخيار وبالبيان لا يتبدل العتق بل ينزل العتق في أحدهما غير عين فإذا عتق^(٧) يعتق من ذلك الوقت ولا يقتصر على الحال.

رجل قال في مرضه: إن لرجل علي ألف درهم دين ومات يدفع جميع التركة إلى الورثة ولا يوقف منه شيء؛ لأنه المقر له مجهول.

ولو قال لمحمد: علي ألف درهم [دين]^(٨) وقف على مقدار الدين ويدفع الباقي إلى الورثة؛ لأن هذا أقل جهالة من الأول.

وأما فيما يجوز التصدق من الميت وفيما لا يجوز

أمة ماتت وأراد مولاهما أن يتصدق عنها جاز؛ لأنها لما ماتت زال الرق وصارت كالحرة ويعتبر في تنفيذ الوصية في الثلث القيمة يوم القسمة لا يوم الموت. وعليه المسائل.

وأما فيما يأخذ الغرماء الذين من الورثة بعد قسمة التركة وفيما لا يأخذون:

تركة فيها دين غير متفرق^(٩) فقسمة الورثة ثم جاء الغريم فيأخذ من كل واحد منهم من

- | | |
|--------------------------|------------------------|
| (١) في «د»: بدون أو. | (٦) في «د»: العتق. |
| (٢) في «ج»: لأبيها. | (٧) في «ج»: و«د»: عتق. |
| (٣) في «أ»: و«د»: سائطة. | (٨) في «أ»: سائطة. |
| (٤) في «أ»: سائطة. | (٩) في «د»: مستغرق. |
| (٥) في «ج»: و«د»: العتق. | |

الذين بما يحص في ثلثه حتى لو كان الذين ألف درهم والتركة ثلاثة آلاف فانقسمت بين ثلاثة نين يأخذ من كل واحد منهم ثلث الألف^(١) وهذا إذا أخذهم عد^(٢) القاضي حملة أما إذا ظفر بأحدهم يأخذ منه جميع ما في يده.

وأما فيما يجوز للمحتاج أن يتناول من مال الميت وفيما لا يجوز. وفي المأمور بالحج إذا^(٣) مات في الطريق يحج عنه [من]^(٤) موضع مات [الأمر]^(٥) أو المأمور وفيما يقع الحج من الأمر أو عن المأمور وفيما يصير^(٦) المأمور^(٧) بالحج مخالفاً فيضمن وفيما لا يضمن:

وصي دفع الدراهم إلى رجل ليحج عن الميت فلما بلغ بغداد مرض فدفع المال إلى رجل آخر ليحج عن الميت فحج عنه^(٨) يقع الحج^(٩) عن الميت؛ لأنه جعل [لحج]^(١٠) له وهو جعل الثواب له وهذا جائز. فإن من حج وجعل الثواب لغيره، بجوز، والأول والثاني^(١١) ضامنان للمال. أما الأول: فبالدفع، والثاني: بالقبض ولا يجوز هذا عن وصية؛ لأنه فعل ذلك بغير أمر الوصي^(١٢).

رجل من أهل الرزي أوصى بقزوين أن يحج عنه بألف درهم يصرف ذلك إلى نقد الرزي، وكذا لو أوصى لفقراء قزوين بألف درهم يعطى لهم من نقد الرزي وإن^(١٣) كان لا يتفق عندهم ذلك وللوصي أن يصرفها بما يتفق عندهم.

وكذا لو أوصى بأن يعتق عنه عبد [يلد]^(١٤) كذا وماله لا يتفق ثمة.

وكذا^(١٥) لو أوصى أن يحج عنه [ثلث]^(١٦) ماله وثلث ماله لا يفي بذلك، فقال الزجل: أما أحج عنه^(١٧) ماشياً من ها هنا. قال: لا يجوز ويحج عنه من حيث يبلغ ركباً، لأنه أوصى بأن يحج عنه والحج الكامل هو الحج ركباً فيصرف إليه.

ولو دفع ثلث ماله إلى رجل يحج عنه ركباً وفيه وفاء بالركوب فحج ماشياً، وأراد أن يأخذ ذلك لنفسه فهو مخالف ضامن للفقرة.

رجل خرج حاجاً فلما أن^(١٨) بقي بينه وبين الكوفة فرسخان مات الرجل وأوصى بأن يحج عنه فأحجوا عنه رجلاً من الكوفة جاز عن الميت ولم يصر مخالفاً؛ لأنه قريب تبع للكوفة، ولو [قال]^(١٩): أحجوا من تغليبه لا يجوز؛ لأنه بعيد وصار كما روي عن أصحابنا

- | | |
|--|----------------------|
| (١) في هـ: وده: ثلث الألف، وفي هـ: أو ألف، وقد أثبتنا الأول. | (١٠) في هـ: ساقطة. |
| (٢) في هـ: من. | (١١) في هـ: والثاني. |
| (٣) في هـ: ساقطة. | (١٢) في هـ: الموصى. |
| (٤) في هـ: ساقطة. | (١٣) في هـ: ساقطة. |
| (٥) في هـ: ساقطة. | (١٤) في هـ: ساقطة. |
| (٦) في هـ: ساقطة. | (١٥) في هـ: ساقطة. |
| (٧) في هـ: ساقطة. | (١٦) في هـ: ساقطة. |
| (٨) في هـ: ساقطة. | (١٧) في هـ: ساقطة. |
| (٩) في هـ: ساقطة. | (١٨) في هـ: ساقطة. |
| | (١٩) في هـ: ساقطة. |

في رجل أوصى بأن يحج عنه من بغداد فأحجوا عنه^(١) من صرصار حار. ولو أحجوا من تغلبية لا يحوز لما ذكرنا.

رجل أوصى إلى رجل ليحج عنه^(٢) من ثلث ماله على أن ما فضل من النفقة فهو وصية له فخرج إلى الطريق ورجع إن كان عرض له شيء بمنعه^(٣) من^(٤) الذهاب جاز ما أنفق على نفسه بالمعروف ويصرف الباقي في أمر الحج وإن كان بغير عذر ضمن ما أنفق.

رجل أوصى بأن يحج عنه فخرج ابنه ليحج عنه ثم مات في الطريق فالمسألة على وجهين: إما أن يكون للميت وارث سواء، أو لم يكن فإنه يحج عن الميت من حيث مات الابن؛ لأن خروجه كخروج الموصي^(٥).

ولو خرج الموصي^(٦) ثم مات حج من ذلك الموضع كذا ها هنا، وإن^(٧) كان له وارث آخر فخرج بإذنه^(٨) فكذلك، ولو خرج من غير إذنه^(٩) يجب أن يحج عنه من حيث مات الموصي؛ لأن خروجه غير معتبر ويضمن ما أنفق في الطريق وهذا ظاهر.

الذي يحج عن الميت لا يداوي نفسه من مال الميت^(١٠) ولا أن يحتجم؛ لأن هذا ليس^(١١) من جملة النفقة [فإنه]^(١٢) لا يجب على الزوج أن يداوي زوجته ولا عليه آخر الحمام^(١٣). وكذلك لا يشتري ماء ليتوضأ به أو يغتسل من الجنابة لما قلنا، ولا بأس بأن^(١٤) يشتري ماء لبغسل ثيابه ويدنه ورأسه من الوسخ؛ لأن ذلك بعد [من]^(١٥) جملة الفداء.

ولو قال: أعطوا فلاناً ألف درهم ليحج [بها]^(١٦) عني فأبى فلان أن يحج عنه^(١٧) يعطى لغيره. هكذا روي عن محمد بن الحسن رضي الله تعالى عنه.

ولو أوصى بأن يحج عنه بمائة درهم وثلثه أقل من مائة درهم حج عنه بالثلث من حيث يبلغ؛ لأنه حبس المائة لنفسه وجبته فيما زاد على الثلث لم^(١٨) يصح [الحج الورثة]^(١٩) فيصح في الثلث.

ولو أوصى بأن يحج عنه من ثلث^(٢٠) ماله ولم يقل حجة ويبلغ ثلثا ماله حجاجاً حج عنه ما قدر من الحج؛ لأنه قدر المال ولم يقدر الحج وهذا اللفظ يحتمل الحج والحجج فيه فيجعل المحكم وهو تقدير^(٢١) المال قاضياً على المحتمل، والأفضل أن يحج عنه كل

(١٢) في د: ساقطة.

(١٣) في د: ود: الحمام.

(١٤) في د: بأس بأن ساقطة.

(١٥) في د: ود: ساقطة، وهي في د:.

(١٦) في د: ود: ساقطة، وهي في د:.

(١٧) في د: ساقطة.

(١٨) في د: لا.

(١٩) في د: ساقطة.

(٢٠) في د: بثلث.

(٢١) في د: بقدر.

(١) في د: ساقطة.

(٢) في د: ساقطة.

(٣) في د: منه.

(٤) في د: عن.

(٥) في د: الوصي.

(٦) في د: الوصي.

(٧) في د: لو.

(٨) في د: بإذنه.

(٩) في د: بإذنه.

(١٠) في د: ود: نفق، وفي د: نفسه.

(١١) في د: ساقطة.

الحج في سنة واحدة؛ لأن فيه تمحييل إيصال الثواب إليه.

ولو أوصى بحجة وفضلت منه^(١) نفقة أو كسوة ردت على ورثته؛ لأن هذا مال الميت خلا عن الدين والوصية فيكون للورثة.

ولو جامع كانت الكفارة عليه في الحجة؛ لأن الجماع فعله والكفارة الواجبة^(٢) بفعله لا تجب على غيره^(٣).

ولو أوصى بأن يحج عنه فاعتمر الحاج قبل أن يحرم بالحج ضمن النفقة، وكذلك لو ترون في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: لو ترون زاد خيراً ولا يضمن، ودم القرآن على الحاج ولا يكون في مال الميت. أما إذا اعتمر ومنع فلائته أمر بالسفر إلى مكة للحج وقد سافر للعمرة فصار مخالفاً فيضمن النفقة، وأما إذا ترون؟ هما رحمهما الله تعالى يقولان: [إنه]^(٤) أمر بالسفر إلى مكة للحج وقد سافر إلى مكة للحج وراى عليه عمرة، وهذه الزيادة توجب إكمال^(٥) الحج إذا الحج بجدة^(٦) القرآن أفضل. أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: أمر بسفرة يفردها للحج وقد أتى بسفرة لم يفردها للحج بل لهما فيكون منفقاً في سفرة لم يؤمر بها، وقولهما: إن العمرة إكمال الحج. قلنا: نعم، أن لو وقعت للأمر والعمرة لم تقع للأمر فلا يكون إكمالاً للحج. وكذلك إذا أوصى بالقران كان دم القران على الحاج؛ لأنه من المناسك فيكون على الحاج.

ولو حج عنه من حج عن نفسه [فهو]^(٧) أفضل؛ لأن جواز حج غير الضرورة عنه متفق عليه وجواز حج الضرورة عنه مختلف فيه فكان المتفق^(٨) عليه^(٩) أولى. وكذلك لو حجبت عنه^(١٠) امرأة إنسان^(١١) والعبد مثلاً.

أما المرأة؛ فلأن أعمال^(١٢) المرأة أنقص من أفعال^(١٣) الرجل فلئها لا نرمل في الطواف ولا تسعى ولا ترفع الصوت في تلبية إلا أنه جاز، لأن هذه الأفعال من الفضائل لا من الأركان.

أما العبد: فلائته [لا]^(١٤) ضرورة فكان غيره أولى.

ولو أوصى بأن يحج عنه حجة حج عنه من بلده إلا أن يخرج حاجاً ثم يموت فأوصى بأن يحج عنه فإنه يحج عنه^(١٥) من حيث أوصى ولا يجزئه لو ححوا عنه من بلدة أقرب إلى

- (٨) في «د» المتيقن.
(٩) في «ج» و«د». ساقطة.
(١٠) في «ج» ساقطة.
(١١) في «ج» عن إنسان.
(١٢) في «ج»: أعمالها أي المرأة.
(١٣) في «د»: ساقطة.
(١٤) في «ه»: ساقطة.
(١٥) في «ج»: فإنه يحج عنه. ساقطة.

- (١) في «ج». ساقطة.
(٢) في «د». ساقطة.
(٣) في «ج»: وكفارة الفعل تجب على غيره.
(٤) نفس المسمى.
(٥) في «ه»: ساقطة.
(٦) في «د»: كمال.
(٧) في «ج»: بحجة.
(٨) في «ه» و«د»: ساقطة.

مكة. أما الأول، فلأن المرض هو الحج من الوطن. بدليل أنه لا يجب عليه إلا سواد وراحلة يبلغانه من وطنه إلى مكة^(١) فإذا^(٢) كان الفرض عليه ذلك وقد أمر للوصي فأما^(٣) غيره منابه في الحج فانصرف مطلق الأمر بالإتابة إلى جميع ما كان فرضاً على المنوب عنه ما أمكن. وأما إذا خرج حاجاً ومات في الطريق فما ذكر من الجواب قولهما رحمهما الله تعالى: أنه يحج من حيث بلغ، فأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يحج عنه من وطنه وهذا الاختلاف راجع إلى حرف وهو [أن]^(٤) ما أدى من السفر بنية الحج، عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يبطل بالموت فلم يجز^(٥) البناء عليه ووجب الإحجاج من وطنه، وعندهما رحمهما الله تعالى لا يبطل فيجوز البناء عليه والمسألة معروفة، ولو كان له أوطان شتى فمات وهو مسافر وقد أوصى بأن يحج عنه حج^(٦) [عنه]^(٧) من أقرب الأوطان إلى مكة؛ لأنه متيقن وإن لم يكن له وطن فمن حيث مات؛ لأنه ليس ببعض الأماكن^(٨) بأولى من البعض، وهذا مكان مات فيه فكان تعيينه أولى.

وإن^(٩) سرقت نفقته^(١٠). قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: رجع أبداً في ثلث ما بقي، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن بقي شيء من ثلث المال يعني ثلث جميع المال حج من حيث بلغ وإن لم يبق شيء لم يحج، وكذلك العتق، وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يحج وإن بقي من الثلث كثير وجازت قسمته، وكذلك كل وصية لله تعالى في قول محمد رحمه الله تعالى، وكذلك عتق النسمة.

ولو مات العبد قبل أن يعتق بعدما اشتراه الوصي عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يرجع في ثلث ما بقي. محمد رحمه الله تعالى يقول: إن الوصي مقام الموصي في إخراج المال للحج وشراء العبد نسمة.

ولو فعله الموصي^(١١) بنفسه فسرقت النفقة من النائب ومات العبد قبل أن يعتق لم يرجع في الشركة بشيء فكذا هنا. أبو يوسف رحمه الله تعالى يقول: إن الوصي فائمه مقام الموصي لكن في تنفيذ الوصية لا^(١٢) في تعيين المال للوصية، بدليل أنه لو عتق ألفاً للحج أو لشراء العبد نسمة ولم يسلم إلى أحد ولم يشتر به عبداً فهلك لا تبطل الوصية بخلاف الموصي لو فعله، وإذا لم يرق مقامه الموصي في التعيين فصار كأنه انعدم التعيين ومحل تنفيذ الوصية الثلث فيرجع فيما^(١٣) بقي من الثلث. أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول: الوصية إنما تزداد على الثلث إذا أخذ بالوصية الثلث. أما إذا هلك لا بالوصية أحد

- | | |
|--|--------------------------------|
| (١) في وجه: الأول. . . إلى مكة: ساقطة. | (٨) في وجه: الأوطان. |
| (٢) في وجه: فأما إذا. | (٩) في وجه: ساقطة. |
| (٣) في وجه: الوصي بإتابة. | (١٠) في وجه: النفقة. |
| (٤) في وجه: ساقطة، وهي في وجه. | (١١) في وجه: الوصي. |
| (٥) في وجه: يجب. | (١٢) في وجه: لأن، ولعله تصحيف. |
| (٦) في وجه: ساقطة. | (١٣) في وجه: وجه: بما. |
| (٧) في وجه: ساقطة، وهي في وجه. | |

للوصية^(١) ثلث ما بقي^(٢) وهنا هلك لا بالوصية.

وإن كانت الوصية لإنسان بعينه لم يجز تعيينه ما لم تقع القسمة على الورثة فأبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى: سوريا بين أن تكون الوصية لله تعالى وبين أن تكون للعبد في أن لا تصح قسمة الوصي، ومحمد رحمه الله تعالى: فرق، والفرق: أن الوصي ليس بنائب عن الموصي له^(٣) في قبض حقه فلم تصح قسمته عن الموصي له مع الورثة. فأما نائب عن الله تعالى في قبض حقه فتصح قسمته. ألا ترى: أن الوصي لما كان نائباً عن الورثة في قبض حقه صَحَّ قسمة الوصي عن الورثة مع الموصي له.

ولو أوصى أن يحج عنه وارث لم يجز إلا أن يجيز الورثة، لأن هذا وصية للوارث من وجه؛ لأنها تضمنت نفعا^(٤) للوارث فكان وصية للوارث من وجه. ألا ترى: أن من أوصى أن يحج عنه فلان فأراد الوصي أن يحج عنه غيره ما دام فلان حياً ليس له ذلك^(٥) والوصية للوارث لا تصح إلا بإحازة الورثة.

ولو أوصى أن يحج عنه فليس له أن يقيم بمكة زيادة على خمسة عشر يوماً، ولو فعل نفقته في ماله^(٦) وما دام في الطريق ذاهباً أو جائياً فنفقته في مال الميت لا يسرف [فيه]^(٧) ولا يقر ولا يشترى شيئاً من الذواء^(٨).

وأما فيما تجوز الوصية بالخدمة والغلة، وفيما لا تجوز:

ولو أوصى بخدمة عبده سنة بعينها لرجل بعينه وهو يخرج من ثلثه خلعه سنة وإن لم يخرج من ثلثه خدمه يوماً وللورثة يومين حتى يستكمل؛ لأن الوصية بخدمة العبد والعبد لا يخرج من ثلث ماله كالوصية برقية العبد؛ لأن الورثة يصيرون ممنوعين [عن العبد]^(٩) ما لم تمض مدة الوصية فوجب اعتبار الثلث والثلثين كما يعتمر متى حصلت الوصية بالرقية فوجبت القسمة^(١٠) وقد تعذر قسمة عين العبد؛ لأنه لا يمكن أن يجعل ثلثا العبد للورثة والثلث للموصي له حتى يخدم الكل في يوم^(١١) واحد فوجبت القسمة بالتهايؤ بالأيام.

ولو أوصى بسكنى داره سنة فإن^(١٢) كانت^(١٣) الدار تخرج من ثلثه^(١٤) سكنها سنة وإن لم تخرج واحتملت القسمة سكن ثلثها والورثة ثلثها إلا أن ينهابوا سنة بعينها؛ لأن عين الدار مما يحتمل القسمة فأمكن قسمة العين كما أمكن قسمة السكنى بالتهايؤ فكان حق الموصي له قسمة العين حتى لا تزول يده عما أوصى به في نوبة الورثة، إلا إذا اتفقا على

(٨) في جزء الدواب.
(٩) في جزء ساقطة.
(١٠) في جزء ساقطة.
(١١) في جزء وده وقت
(١٢) في جزء قال.
(١٣) في جزء ساقطة.
(١٤) في جزء من ثلثه ساقطة.

(١) في جزء الوصية.
(٢) في جزء ثلث ما بقي ساقطة.
(٣) في جزء وده ساقطة.
(٤) في جزء نقصاً.
(٥) في جزء من وجه... ليس له ذلك ساقطة.
(٦) في جزء مال نفسه.
(٧) في جزء ساقطة.

قَسْمَةُ السَّكْنَى بِالثَّهَابِ وَفَحَيْثُ^(١) لَهُمْ ذَلِكَ .

ولو أوصى بغلة داره أو عبده سنة ولا مال له غير ذلك كان له ثلث غلة تلك^(٢) السنة^(٣) . أما جواز الوصية بالغلة ؛ فلأن الوصية بالغلة وصية باستغلال العبد بأن يؤاجر فيعطي ذلك للموصى له وتمليك استغلال العبد حال حياته جائز ، بعقد من العقود فإنه إذا أعاد العبد^(٤) لرجل حال حياته على أن يستعمله المستعير^(٥) جاز فكذا الغلة له كان^(٦) جائزاً وما جار ذلك يجوز تمليكه بالوصية ، وأما^(٧) ثلث غلة تلك السنة . إذا أوصى بغلة سنة بعينها ؛ لأن قسمة عين الغلة ممكن وليس لصاحب الخدمة^(٨) والسكنى أن يؤاجر الذار والعبد إن أوصى له بالخدمة ؛ لأنه ملك المنفعة بغير عوض فلا يمكن^(٩) التمليك بغير^(١٠) عوض .

ولو [كان]^(١١) الموصى [له]^(١٢) بالكوفة ومات وقد أوصى بخدمه عبده لرجل سنة لم يكن للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون أهله من غير الكوفة فيخرجه إلى أهله فيخدمه هناك ؛ لأن الوصية بالخدمة تقيدت بوطى الموصى له عرفاً ؛ لأن العرف فيما بين الناس أن من أجز عبده للخدمة أو أعاره فإنما يريد به الخدمة في الوطن وهو الحضر لا في السفر فإن كان وطنه في الكوفة يخدمه فيها وإن كان في غير الكوفة يخدمه هناك .

ولو أوصى بخدمته له وبرقبته لآخر وهو ثلث ماله خدمه ما دام حياً فإن مات كان لصاحب الرقبة [لأنه ملك المنفعة لأحدهما والرقبة للآخر ويجوز مثل هذا كما لو أوصى بخدمته لإنسان جاز وإن كان ملك الرقبة للورثة]^(١٣) ، وكذلك الغلة إن مات صاحب العلة سلم العبد لصاحب الرقبة ؛ لأن المافع المعدومة والغلة المعدومة لم تصر مملوكة للموصى له للحال ليصير موروثة عنه .

وكذلك لو أوصى بأمة لرجل وبما في بطنها لآخر ، أو أوصى بخاتمه لرجل وبفصه لآخر .

أما الوصية بما في البطن : فلأن الوصية بالمعدوم ، إذا كان على عرض الوجود جائز فبوجود لا يمكن تسليمه أولى وهو الجنين .

أما الوصية بالفص : فرق بين الوصية وبين البيع والهبة ؛ والفرق : أن في البيع والهبة نوع خطر وغرر والبيع والهبة مع الغرر والخطر لا يجوز والوصية مع الخطر والغرر جائز . ألا ترى أن الوصية بالمعدوم جائزة وإن كان الغرر والخطر هناك^(١٤) أكثر هذا إذا كانت الوصية للثاني بالفص وبما في البطن مرسولة بالوصية الأولى بأن قال : أوصيت بالحاتم

- | | |
|---|------------------------|
| (١) في «ج» : فكان حق الموصى له | (٧) في «ج» : ساقطة . |
| فحيث : ساقطة . | (٨) في «ج» : الغلة . |
| (٢) في «أ» و«ج» : ذلك ، وفي «د» : تلك ، وقد | (٩) في «ج» و«د» : يملك |
| أئينا الأخيرة | (١٠) في «ج» : ساقطة . |
| (٣) في «ج» : عمله لسنة . | (١١) في «أ» : ساقطة . |
| (٤) في «د» : عبده . | (١٢) في «أ» : ساقطة . |
| (٥) في «د» : المصير . | (١٣) في «أ» : ساقطة . |
| (٦) في «ج» : ساقطة . | (١٤) في «ج» : ها . |

لهذا وبالفصل الآخر وبالجارية لهذا وبما في بطنها لآخر. أمّا إذا كانت موصولة بأن تحلل [بينهما] ^(١) سكوت كان الحلقة ^(٢) للموصى له بالخاتم، والفصل بينهما نصفان والجارية للموصى له بالجارية والولد بينهما نصفان هكذا ذكر في «الزيادات».

ولو جنى الخادم كان الفداء على المخدم؛ لأن وصية الموصى له بالزّقة تأخرت عن وصية الموصى له بالخدمة معى؛ لأن المقصود من ملك بالزّقة المفعة وقد تأخرت.

ولو كانت وصية مؤخرة حقيقة بأن قال: أوصيت بخدمة هذا العبد لفلان فإن مات بطلت وصيته فقد أوصيت به لفلان وجنى العبد لا يخاطب الموصى له بالزّقة بالفداء، هكذا هنا.

فإن فداء بقيت وصيته على حالها وإن مات رجع ورثته على صاحب الزّقة بالفداء؛ لأنه لما مات بطلت وصيته فكان للورثة أن يقولوا: إن ^(٣) أبانا فدى عن ^(٤) عبدك؛ لأن الملك في رقة العبد لك وهو كان مضطراً في الفداء لإحياء حقه، ومن قصى دين غيره وهو فيه مضطر لم يكن متطوعاً؛ إلا أنه لا يرجع عليك بما فدى ما دام حياً؛ لأن وصيتك من حيث المعنى كالمؤخرة عن وصية أبنائك، فإذا زال هذا المعنى كان لنا أن مرجع فإن أبى صاحب الزّقة بيع رقبته فيه؛ لأنه جنى العبد بالفداء ^(٥) فيتعلق العبد برقبته فتشاع فيه كراد الأبق إذا أبى ^(٦) المولى إعطاء الحبل بيع العبد فيه ^(٧).

ولو أبى المخدم أن يفدي فداء ^(٨) صاحب الزّقة أو دفعه ^(٩) بطلت وصية المخدم. أمّا إذا دفعه ^(١٠) فلان الموصى به قد استحق؛ لأن الخدمة صارت لولي الجنابة بعد الذّفع، فتبطل الوصية. وأمّا إذا أفداه ^(١١)؛ فلأن الفداء بمنزلة الشّراء متى حصل الفداء ممن يملك ^(١٢) دفع العبد فيجعل كأنه دفعه ^(١٣) ثم اشتراه منه بخلاف الفداء من المخدم؛ لأن العبد حصل ممن لا يملك ^(١٤) الذّفع فلا يمكن أن يجعل ^(١٥) مشترى بعد الذّفع.

ولو جنى على الخادم والجنابة لا تنقص الخدمة كان الأرض لصاحب الزّقة، لأن الأرض ^(١٦) بدل ملك ^(١٧)، وكذلك ما يوجب للخادم أو يكتسبه أو كانت له ^(١٨) أمة فولدت ولداً. أمّا الكسب، فلأن هذا كسب ملكه؛ لأنه تولّد من ملكه وإن نقصت الحناية الخدمة يؤخذ بالأرض خادم يشتري ^(١٩) فيخدمه، وإن لم يؤخذ به بيع الخادم وضم ثمنه إلى

- | | |
|---------------------|--|
| (١) في «ه»: ساقطة. | (١١) في «ه»: فداء. |
| (٢) في «ه»: الحلية. | (١٢) في «ه»: ومن... يملك، وفي «ه»: ممكن يمكن، وأثبت |
| (٣) في «ه»: إنما. | الأول. |
| (٤) في «ه»: ساقطة. | (١٣) في «ه»: دفع. |
| (٥) في «ه»: ساقطة. | (١٤) في «ه»: ولا؛ لا يملك، وفي «ه»: يمكن وأثبت الأول |
| (٦) في «ه»: أبى. | (١٥) في «ه»: يجعل، وفي «ه»: يحصل، وقد أثبت الأول |
| (٧) في «ه»: ساقطة. | (١٦) في «ه»: لصاحب الزّقة، لأن الأرض: ساقطة |
| (٨) في «ه»: فداء. | (١٧) في «ه»: ملك. |
| (٩) في «ه»: دفع. | (١٨) في «ه»: ساقطة. |
| (١٠) في «ه»: وقع. | (١٩) في «ه»: ساقطة. |

الأرض^(١) فيشترى به خادم؛ لأنه متى نقصت الجراحة الخدمة تلف بهذه الجراحة حق الموصى له فينتقل الحق إلى البدل ونفقة الخادم على المخدوم؛ لأن مفعته له فكات النفقة عليه كالمستجير. والله تعالى أعلم.

الفصل الثامن

في المسائل المتفرقة

رجل مات وعليه ديون مستغرفة فجاء رجل وادعى [أن]^(٢) له على الميت ديناً فحجر عن إقامة البيّنة فأراد أن يحلف الورثة فالغريم ليس له ذلك؛ لأنّ التركة إذا كانت مستغرفة لا حق للوراث فيها فلا يكون خصماً والغريم^(٣) ليس بخصم؛ لأنهم لو قضوا ديونه من مال آخر، حاز واليمين إنما تتوجه على الحصص فإن كان له بيّنة^(٤) يقيمها ويكون الوصي خصماً له وإن لم يكن له وصي فالقاضي ينصب وصياً، ولو قضى الدين وبقي من التركة فضل فله أن يحلف الورثة على العلم؛ لأنهم صاروا خصماً في ذلك.

رجل مات وترك ابنين وعصاة فأراد السلطان أن يأخذ من التركة شيئاً ظلماً وأرادوا أن يجعلوه من نصيب العصاة ليس لهم ذلك ويكون محسوباً من جميع التركة.

رجل أقعد صبيّاً مع نفسه حتى يعمل معه وأخذ للصبى كسوة ثم بدا للصبى أن لا يعمل ليس له أن يسترد الثوب إن أعطاه كريباً^(٥) وخاطه الصبي؛ لأنه لما قطعه وخاطه انقطع حقه عنه فليس للمالك عليه سبيل وإن أعطاه ثوباً مخيطاً إن أعطاه هبة أو عارية فله أن يسترده وإن أعطاه صدقة فليس^(٦) له ذلك.

ومن باع شيئاً من تركة الميت لينفذ به وصاياه فجحد المشتري الشراء فرفعه إلى القاضي فحلفه القاضي فحلف. يقول الوصي للقاضي: إنه^(٧) حلف كاذباً فانسخ^(٨) البيع بيننا؛ لأنه لو لم يفسخ القاضي والمشتري جحد والوصي عزم على ترك الخصومة يفسخ البيع^(٩) بينهما وتعود العين على^(١٠) ملك الوصي^(١١) كأنهما تماشخا البيع فأما^(١٢) إذا كان من القاضي تعود إلى تركة الميت.

رجل مات وترك دراهم صحاحاً وقد كان أوصى بدراهم مكسورة ينبغي للوصي أن يشترى شيئاً بدراهم صحاح ويبيعه بمكسورة وينفذ الوصية بذلك.

(١) في «أ»: الأرض، وهو نصيف، وفي «ج»: و«د»: الأرض، وقد أثبتنا الأخير.

(٢) في «أ»: ساقطة. (٣) في «ج»: ليس له ذلك. . . والغريم: ساقطة.

(٤) في «ج»: و«د»: بيّنة، وفي «أ»: خصم، وأثبتنا الأول.

(٥) في «ج»: و«د»: ثوباً يساوي.

(٦) في «ج»: و«د»: للمالك عليه سبيل. . . أعطاه صدقة فليس: ساقطة. (٧) في «ج»: ساقطه.

(٨) في «د»: فأنسخ. (٩) في «ج»: المبيع. (١٠) في «ج»: إلى.

(١١) في «ج»: الموصى. (١٢) في «ج»: ساقطة.

رجل أعتق عبداً زمنياً أو صغيراً أسقطت نفقته عن مولاه؛ لأنَّ الثقة إنما تكون باعتبار الملك ولم يبق.

رجل أوصى بأن يدفع إلى فلان دراهم ليشتري بها أسارى المسلمين فمات الذي أوصى إليه فإنه يرفع الأمر^(١) إلى الحاكم حتى يدفع إلى رجل يفعل ذلك كما^(٢) في سائر الأوصياء.

رجل يعطي لبعض ورثته شيئاً ولم يعط لغيره إن أعطاه تلك^(٣) الزيادة^(٤) شفقة لا بأس به فإن كانوا في ذلك سواء في الصلاح كذلك لا ينبغي أن يفعل^(٥) ذلك، ولو كان ولده فاسقاً لا ينبغي أن يعطى له^(٦) زيادة القوت؛ لأنَّ ذلك إعانة له^(٧) على الفسق^(٨) وأنه حرام.

مسجد بني وفضل منه الخشب والمسجد محتاج إلى الذهن [والحصير]^(٩) فأراد المتولي أن يبيع ذلك ويشتري منه^(١٠) ما ينبغي للمسجد فالمسألة على وجهين: إما أن سلموا الحشبات إلى القيم أو [تولوا]^(١١) ذلك بأنفسهم.

ففي الوجه الأول: ليس^(١٢) للقيم أن يصرف ذلك إلى^(١٣) غيره؛ لأنَّهم إنما أعطوه لبناء المسجد لا للبيع.

وفي الوجه الثاني: الباقي على ملكهم يصرفون ذلك^(١٤) إلى ما شاؤوا. رجل أوصى بأن يشتري أربعون قفيزاً من الحنطة بمائة درهم وتفرق^(١٥) على المساكين فرخصت الحنطة حتى صارت أربعون قفيزاً بستين درهماً فهذا على وجهين: إما أن أراد بهذا^(١٦) القول التصديق بمائة درهم [ثم]^(١٧) قال: اشتروا بها كذا^(١٨)، أو أراد أن يشتري بها حنطة ويتصدق بالحنطة.

ففي الوجه الأول: يشتري بالباقي حنطة وتفرق على المساكين. ألا ترى: أن الأربعين لو صارت بمائتي درهم لا يجب عليه التصديق إلا بمائة.

وفي الوجه الثاني: يرد الباقي إلى الورقة؛ لأنَّ غرضه هو التصديق بأربعين قفيزاً من الحنطة وقد حصل. هكذا روي عن أبي يوسف رحمه الله تعالى.

رجل اشترى لابنه الصغير شيئاً وضمن الثمن عنه، وأداه فأراد الرجوع. في القياس أن يرجع وفي الاستحسان لا يرجع، ولو قال عند الأداء: أودبها فله أن يرجع. هكذا ذكر في «العيون».

رجل باع عبده من ابنه الصغير بيعاً فاسداً ثم أعتقه الأب^(١٩) فعتقه جائز عن نفسه

(١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «ج»: كان. (٣) في «ج»: واده: ذلك.

(٤) في «د»: لزيادة. (٥) في «ج»: واده: يفضل. (٦) في «ج»: واده: ساقطة.

(٧) في «ج»: ساقطة. (٨) في «ج»: الفسق، وفي «د»: واده: الشراء، والأول هو المثبت أعلاه.

(٩) في «د»: ساقطة. (١٠) في «ج»: به. (١١) في «ج»: واده: تولوا، وفي «د»: بوا، وأثبتنا الأول.

(١٢) في «ج»: واده: ساقطة. (١٣) في «ج»: ساقطة. (١٤) في «ج»: ساقطة.

(١٥) في «ج»: ساقطة. (١٦) في «ج»: ساقطة. (١٧) في «د»: ساقطة.

(١٨) في «ج»: ساقطة. (١٩) في «ج»: واده: الأب. وفي «د»: العبد، وأثبتنا الأول.

ويكون نقضاً للبيع؛ لأنَّ البيع فاسد وهو في يده.

ولو اشترى من أبيه عبداً وهو في يد الوالد^(١) مات فإنه يموت من مال الأب بمنزلة عبد وديعة اشتراه.

ولو قال: أوصيت بأحد^(٢) هذين العبدين لزيد ومات فقال بعض الورثة: تدفع إنا هذا، وإنا^(٣) هذا، وقال بعضهم: لا بل يدفع هذا يوقف حتى يجتمعوا على شيء، ولو كانوا صفاراً حتى يبلغوا ويجمعوا على شيء. وذكر في بعض المواضع: إن كانوا صفاراً فلولوسي أن يدفع أيهما شاء [ولو دفع أكثرهما قيمة جاز وإن لم يكن له وصي فلقاضي أن يدفع أيهما شاء]^(٤)، ولو أوصى لأحد هذين الرجلين بهذا العبد فاختلفت الورثة فالجواب على ما مر.

ولو قال: أحد هذين الصبيين^(٥) ولدي أجبر على البيان فإن لم يبين حتى مات [يجبر]^(٦) ورثته على ذلك ولا يثبت نسبه ما لم يجمعوا على شيء على ما ذكرنا.

ولو قال واحد: هذا ولده يثبت نسبه من الميت ولا يلتفت إلى قول الباقيين وجحودهم.

ولو أوصى لرجلين يثلث ماله ثم قال الموصي^(٧): رجعت عن وصية أحدهما ولم يبين ثم مات فليس للورثة خيار^(٨) لكن الثلث بينهما نصفان. وذكر في نوادر ابن سماعة: أن للورثة خياراً يعطون من^(٩) شاؤوا.

رجل أصاب متاعاً من حرام فأوصى أن يتصدق به على^(١٠) أصحاب المتاع إن كان أصحابه^(١١) أحياء يرز إليهم؛ لأنَّ نقض الغصب واجب وإلا^(١٢) يتصدق عنهم؛ لأنَّ السبيل في مثل هذا المال التصدق.

ولو قالت الورثة: هو كاذب ولم يشاؤوا تنفيذه يتصدق عنه بقدر الثلث.

ولو قال في مرضه: هذا المال لقطة وكذبه الورثة^(١٣) يتصدق بالثلث.

النائحة والمغنية إذا أخذتا أجراً يرز إلى أصحابه إذا عرفوا وإلا تصدق به إذا أخذتا على الشرط.

رجل مات ولا وارث له وله مال عند الناس أو وديعة فللإمام أن يأخذه ويضعه في بيت المال ويصرفه إلى مصالح المسلمين.

(١) في «ج»: والد؛ وفي «أ»: الوارث، وأثبتنا الأول. (٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «ج»: إنا؛ ساقطة، وفي «د»: أو، هذا بدلاً من وإنا هذا.

(٤) زيادة في «ج» و«د» وليست في «أ». (٥) في «ج»: العبدان. (٦) في «أ»: ساقطة.

(٧) في «د»: الوصي وفي «أ» و«ج»: الموصي والميت الأخير (٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: ما. (١٠) في «ج»: عن. (١١) في «ج» و«د»: أصحابهم.

(١٢) في «د»: ولا يتصدق. (١٣) في «د»: هو كاذب. . . وكذبه الورثة؛ ساقطة.

قوم وقعت لهم مصادرة فأمرُوا رجلاً بأن يستقرض مالا وينمقه في حوائجهم ففعل فللمقرض أن يرجع على المستقرض بلا شك، وأما المستقرض: هل يرجع على لقوه إذا أمره بذلك؟ على أن يكونوا ضامين لذلك يرجع وإلا فلا يرجع هو عليهم؛ لأنه مستقرض لنفسه إذ الوكالة في الاستقراض لا تجوز.

رجل مات وترك صبياً^(١) يطبق العمل ولم يدرك فللوصي أن يسلمه إلى ما هو خير لليتيم. إما أن يؤخره للعمل، وإما أن يسلمه إلى المكتب.

لو تصرف واحد من أهل السكة في مال اليتيم من البيع والشراء وليس لليتيم وصي، وهو يعلم أنه لو رفع الأمر إلى القاضي فإنه يأخذ المال ويفسده فإن تصرفه جائز للضرورة. هكذا [ذكر]^(٢) في فتاوى أهل سمرقند. والله سبحانه وتعالى أعلم بالضواب.

(١) في نسخة: وصياً.

(٢) ساقطة من هذا وهي في نسخة: وهذا

كتاب الفرائض

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١): كتب الصدر الشهيد رضي الله تعالى عنه الفرائض مرتبة، مفصلة وبه غنية عن ترتيب وتفصيل فاتبعنا في الفرائض مسائل الفتاوى وأوردناها^(٢) من غير ترتيب.

رجل مات وترك ابنة عم وابنة خال لا وارث له غيرهما فالتمال لابنة العم إن كان عمًا لأب وأم أو لأب؛ لأنها ولد عصبة فكانت هي أولى.

ولو ترك ابنة ابن العم وابنة الخال، فابنة ابن العم أولى؛ لأنها ابنة وارث وولد العصبة وولد صاحب الفرض أولى من ولد ذري الأرحام.

رجل تزوج [ابنة]^(٣) امرأة زوجها أبوها، فقال أب الزوج لأب المرأة: أعطيك هذه الضئيلة وهذا الكرم بمهرها وذلك في موضع جرت العدة بذلك، فقال الأب^(٤): قبلت وهي بكر، فمات أب الزوج وترك هذا الابن والابنة وهي^(٥) لا ترضى بذلك نظر إلى مهرها^(٦) وإلى قيمة الضئيلة إن كانت قيمة الضئيلة مثله أو^(٧) كان معا يتغابن الناس في مثله أخذ الضئيلة وصار مهرًا ولا شيء للابنة من ذلك؛ لأن الابنة إن^(٨) كانت بكرًا فالأب يلي أخذ مهرها ولا ضرر لها في ذلك؛ لأن قيمة الضياع^(٩) مثل المهر وأب الزوج تبرع على الابن بذلك وذلك في الصحة.

رجل مات وترك ابنتين صغيرتين وامرأة وهي حامل وطلب بعضهم قسمة الميراث يقسم الميراث على اثنتين وثلاثين سهمًا: للمرأة الثمن وذلك أربعة، ويعطى لكل [ابن]^(١٠) سعة، ويوقف أربعة عشر؛ لأنه يحتمل أن يكون في بطنها غلامان. وقال بعضهم: يمسك^(١١)

- | | |
|--|---------------------------|
| (١) في نسخة: «وهي» ويرد. | (٧) في نسخة: «وهي» لو. |
| (٢) في نسخة: «وهي» وأورد ما فيها. | (٨) في نسخة: «إذا». |
| (٣) في نسخة: «ساقطة». | (٩) في نسخة: «الصبيحة». |
| (٤) في نسخة: «وهي» الأب، وفي «أه»: الأمة، وأثبتنا الأول. | (١٠) في «أه»: «ساقطة». |
| (٥) في نسخة: «ساقطة». | (١١) في نسخة: «وهي» يوقف. |
| (٦) في نسخة: «وهي» صدقها. | |

نصيب ابن واحد والأول أصح وأحوط، وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، وقال بعضهم: يوقف ميراث^(١) أربعة بنين

إذا جهز الأب ابنته ثم مات وبقيت الورثة يطلبون القسم عنها، فإن كان الأب اشترى لها في صفرها^(٢) أو بعدما كبرت وسلم ذلك إليها، في صحته فلا سبيل للورثة عليه^(٣) ويكون للابنة خاصة.

رجل مات وترك ديباً يحيط بماله فلا تكون الورثة خصماً للفرماء؛ لأنه لا حظ لهم من التركة، وقال بعض المشايخ: يكون خصماً للفرماء^(٤)؛ لأنه لو لم يكن^(٥) خصماً يحتاج إلى نصيب الرضي وهو أجنبي فيكون خصماً فيهم^(٦) أولى^(٧).

التأم إذا انقلب على مورثه فقتله حرم من الميراث وتجب عليه الكفارة والذبة على العاقلة بخلاف المجنون إذا قتل مورثه حيث لا يحرم عن الميراث؛ لأنه غير مخاطب. أما النائم: مخاطب. ألا ترى: أنه يحاطب بأداء الصلاة والمجنون: لا.

رجل مات وترك امرأة وعصبة وترك غزل قطن وكرباس فطلبت الورثة الحصة من ذلك والمرأة تقول: هو لي^(٨) ينظر في ذلك إلى أصل القطن لمن كان فالكرباس لمن كان له^(٩) [بمنزلة] الأصل. وإن تنازعا في أصل القطن فالقول: قولها^(١٠) إن كانت حية. والقول: قول ورثتها^(١١) إن^(١٢) كانت^(١٣) ماتت؛ لأن الرجل لا يغزل القطن. وهذا بمنزلة المزراع مع رب الأرض إذا اختلفا في الشرط، فالقول: قول رب^(١٤) البذر فإن اختلفا في البذر، فالقول: قول المزراع؛ لأن البذر في يده.

امرأة ماتت وبعث زوجها إليها ثيباً [فيها]^(١٥) كفناً إن بعث إليها هدية، وذلك [الثياب]^(١٦) كفن مثلها، جاز أن تكفن فيها وإن بعث مهرها^(١٧) ولم يبين ثمنها فذلك للزوج ولا يجوز أن تكفن إلا برضى الزوج.

امرأة لها أرض فاتخذ الابن الأرض مجمدة في حياتها ثم ماتت وترك الأرض وكانت تأخذ [في] كل سنة من^(١٨) المجمدة شيئاً ولم يعط لأخته^(١٩) منه شيئاً إن تكلف الأخ أخذ المجمدة بنفسه بغير إذن أخته^(٢٠) فهو له وهو ظالم غاصب ولها أن تمنعه^(٢١) من

(١) في «ج»: «د»: ابن واحد... ميراث: ساقطة وهي في «ه».

(٢) في «ج»: «د»: صفرها، وفي «أ»: مهرها، ولعله تصحيف ولذا أثبتنا الأول.

(٣) في «ج»: ساقطة. (٤) في «ج»: لأنه لا حظ لهم... للفرماء: ساقطة.

(٥) في «ج»: يكونوا. (٦) في «ج»: فهو. (٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «ج»: هو لي: ساقطة. (٩) في «ج»: «د»: لمن كان له: ساقطة.

(١٠) في «أ»: ساقطة. (١١) في «ج»: «د»: ساقطة. (١٢) في «ج»: ساقطة وفي «ج»: لورثتها

(١٣) في «ج»: إذا. (١٤) في «ج»: ساقطة. (١٥) في «د»: صاحب.

(١٦) في «أ»: ساقطة، وفي «د»: لها. (١٧) في «أ»: ساقطة. (١٨) في «د»: مهرها.

(١٩) في «ج»: وكان يأخذ في كل سنة من. ساقطة. (٢٠) في «ج»: لأخيه.

(٢١) في «ج»: أخيه. (٢٢) في «ج»: له أن يمنعه.

ذلك؛ لأن الأرض مشتركة بينهما.

رحل له على آخر دين فمات من عليه الدين وترك المال وورث الدين وصية له أن يأخذ من ذلك مقدار دينه؛ لأنه ظفر بجنس حقه وذلك في يده.

الولد إذا خرج رأسه وهو يصيح ثم مات قيل أن يخرج فلا ميراث له ولا يصلى عليه ما لم يخرج أكثر البدن.

ولو جاء رجل وذبحه فعليه الغرة، وإن قطع أذنه وخرج حياً فعليه دية الأذن وهي خمسة آلاف درهم.

رحل سقى امرأته دواء لتحمل فمرضت من ذلك وماتت والزوج مقر بذلك إن لم يعرف أن الدواء قاتل فله الميراث ولا يأثم بذلك.

امرأة حامل جهزت لولدها ثياباً تبسط عليه نحو الملحفة والذحاف والوسادة وغيره والولد في بطنها لم تلده بعد فولدته ووضعته على الثياب فمات الولد لا تكون الثياب ميراثاً ما لم يكن يقر أن الثياب ملك^(١) الولد؛ لأن الثياب منكها فلا تتحول إلى الولد إلا بإقرار له بذلك أو وهبها^(٢) منه^(٣) بخلاف ثياب البدن؛ لأنه لما ألبس الولد صار هو مستملاً وصار هو في يده.

أما بالوضع عليه لا يثبت اليد. نظير هذا: إذا أقر أن فلاناً كان فاعداً على هذا البساط أو كان قائماً عليه لا يكون ذلك إقراراً لفلان، ولو قال: كان فلان لابسه فهذا إقرار منه أن الثوب [له]^(٤) كذا هنا.

رجل ضم امرأة إلى منزله فأسكنها مع نفسه فولدت ابنة وأقر أنها ابنته ثم مات فالحكم في هذا: أن يقضي عليه بإقراره وبالميراث وبالمهر فيما بينه وبين الله تعالى إن كان بينهما [نكاح]^(٥) فكذلك وإن لم يكن لا يسعها أن تأخذ ذلك. وأما الابنة: فهي في^(٦) سعة من أخذ الميراث؛ لأنها ابنته.

رجل مات وترك في بيت طعاماً ودقيقاً وسمياً فإن كانت الورثة [كلهم]^(٧) صغاراً وفيهم امرأة لهم أن يأكلوا استحياناً وإن كانوا كباراً أو فيهم كبير فإنه يأخذ حصته؛ لأنه حقه

رجل [مات و]^(٨) ترك ابين وامرأة فادعت المرأة أنها حبلى تعرض على امرأة ثقة أو امرأتين عدلتين حين^(٩) ينظر إلى جنبها فإن كان بها علامة الحمل يوقف نصيب ابين ونفسه الباقي، وإن لم يوقف على شيء من العلامة وأخبرت بذلك قسم الميراث؛ لأن في وجود ذلك شكاً والحق ثابت لهم^(١٠) بيقين فلا يوقف بالشك.

- | | |
|--------------------|-------------------------------------|
| (١) في «ج»: مالك. | (٦) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «ج»: هنتها. | (٧) في «أ»: ساقطة. |
| (٣) في «ج»: له. | (٨) في «أ» و«ج»: ساقطة، وهي في «د». |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٠) في «ج»: ساقطة. |

رجل له ولد خنثى مشكل فزوجه من خنثى آخر مشكل برضه، فكبر فإذا تزوج امرأة والمرأة زوج فالتكاح جائز؛ لأنه لا فرق بين أن يقول الزوج: تزوجت، أو تقول المرأة: تزوجتك. هكذا ذكره في «الموارل». وقال بعض المشايخ: إن التكاح لا يجوز

رجل مات وترك ابنة وابن عم فأخذ السلطان ما يصيب ابن العم من ذلك كان له أن يرجع ويقسم الباقي بينه وبين البنت؛ لأن ما تلف تلف عليهما.

ولو ماتت امرأة وترك زوجاً وعمة فأخذ السلطان نصيب العمة فالتصنف القاضي للزوج؛ لأن للزوج أن [يقول: إن] (١) السلطان ما أحد (٢) بحق على قول زيد رضي الله تعالى عنه، ولو كان زيد في الأحياء فأخذ ذلك لكانت (٣) ترجعي علي فكدا هنا.

ولو أن الرجل ارتد والعياذ بالله تعالى ولحق بدار الحرب وله مال فرفع (٤) إلى القاضي قضى لورثته المسلمين يوم يختصمون. وهذا قول أبي يوسف رحمه الله تعالى، وفي بعض المواضع: اعتبر وقت اللحاق [بدار الحرب] (٥) وفي بعض الروايات: اعتبر وقت الارتداد.

ولو ارتد الزوج والمرأة معاً والعياذ بالله تعالى فهما على النكاح فإن جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يرث الولد من واحد منهما فإن ارتد أحدهما قبل الآخر ثم جاءت بولد إلى ستين منذ ارتد الأول ولم تقر المرأة بانقضاء العدة ورثهما.

ولو أن المرتد التحق بدار الحرب وأخذ الورثة ماله بغير أمر القاضي [وأكلوه ثم رجع مسلماً كان له أن يضمّنهم؛ لأنهم تعدّوا بما أخذوا بغير أمر القاضي] (٦)، ولو أخذوا بذلك بأمر القاضي (٧) وفي التركة جارية أعتقها الوارث أو باعها أو وهبها قبل أن يتقدموا إلى القاضي كان ذلك جائزاً ولا شيء للذي ارتد من ذلك.

جارية بين الأخوين جاءت بولد فادعيها فهي ابنتهما. فإن ماتا ثم مات أبوهما وهو جد الابنة فلها النصف من الميراث؛ لأنها بنت ابن الميت، وهو قول أبي يوسف رحمه الله تعالى. وقال بعضهم: لها ثلثا الميراث والباقي للمصّة؛ لأنها بنت ابن الميت فصارت بمنزلة الابنتين، وهو قول زفر رحمه الله تعالى.

رجل أقر في مرضه بولد من أمته أو بعلام أنه ابنه وصدّقه الفلام فالدعوة جائزة. وورثوا منه، ولا يجوز إقرار الرجل بوارث مع ذوي قرابة معروفة (٨) إلا بأربعة: الأب، والابن، والزوجة، والمولى (٩). وقد ذكرنا هنا في الدعوى.

رجل ارتد والعياذ بالله تعالى، ثم أسلم فمات وامرأته في العدة [فإنها ترث وإن ارتد] جميعاً فقتل وهي في العدة (١٠) لم ترث بمنزلة مريض صبح ثم مرض.

(١) في «أ»: ساقطة. (٢) في «ج»: ساقطة. (٣) في «ج»: ما كت. (٤) في «د»: فرغ، وفي «أ»: دفع، والميت الأول. (٥) في «أ»: ساقطة. (٦) في «أ»: ساقطة. (٧) في «ج»: ولو أخذوا ذلك بأمر القاضي: ساقطة. (٨) في «د»: معروفة، وفي «أ»: مفروضة، والميت الأول. (٩) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «أ»: وجا: ساقطة، وهي زيادة في «د».

نصراني أسلم أبواه وهو غلام، وقد عقل إلا أنه لم يدرك فأبى الإسلام واكتسب مائلاً ثم مات ورثه أبواه، وإن مات أبواه لم يرث منهما؛ لأنه صار مسلماً بإسلامهما فهذا متى صار مرتداً.

مسلم ونصراني استأجرا ظئراً واحدة لولدهما، فكبرا ولم يعرف ولد النصراني من ولد المسلم فالولدان مسلمان ولا يرثان من أبييهما؛ لأن فيه شبهة وراثته الكافر من المسلم، والمسلم من الكافر وكذلك إن كان لرجل ابن من امرأة حرة وابن من أمة إنسان دفعهما إلى ظئر واحدة أَرْضَعْتَهُمَا فكبرا ولا^(١) يعرف ابن الحرة من ابن الأمة فهما حران فيسعى كل واحد منهما في نصف قيمته ولا يرثان شيئاً.

واختلف العلماء في الجدة مع الإخوة، قال محمد بن سماعة: يقضى في الجدة باصطلاح، وقال أبو نصر الدبوسي: في الجدة مع الإخوة: أن الإخوة أولى.

امرأة حامل ماتت والولد يتحرك في بطنها مقدار يوم وليلة، بعض الناس يقولون: إن الولد حي، وبعضهم يقولون: إن^(٢) الولد ميت فدفنت كذلك ثم نبش القبر فوجد ابنة ميتة على عاتقها وتركت المرأة زوجاً وأبوين^(٣) إن أقرت الورثة بأنها ابنته^(٤) ورثت الابنة ثم ورث منها ورثة الميت، وإن جحد الورثة لم يقض لها بشيء؛ لأنهم لا يدرون أنها^(٥) خرجت منها [حية]^(٦) أم لا؟

رجل مات عن امرأة حامل إن كانت الولادة قريبة، ينتظر؛ لأنه لو قسم عسى يقض بعد ذلك فلا فائدة في القسمة، وإن لم تكن قريبة فإنه لا ينتظر، بل يقسم؛ لأن فيه إضراراً بالباقي، لكن بمسك نصيب ابنتين حتى يبين الأمر بالولادة؛ لأنه يتصور أن يكون في بطنها ابنان^(٧).

إذا مات المعتق وترك عصبة المعتق يرث منه، فاعلم أن الوارث من المعتق من هو أقرب الناس عصبة بالمعتق فينظر عند موت المعتق أنه لو كان المعتق حياً في هذه الحالة ومات من كان عصبته فيرث^(٨) من المعتق هو حتى لو مات المعتق وترك ابن المعتق وأباه فالميراث للابن، لأنه لو مات المعتق وترك ابناً وأباً كان العصبة هو الابن لا الأب؛ لأن^(٩) الأب صاحب فرض مع الابن.

ذوو الأرحام المعتق لا يرث من المعتق ويكون لبيت المال؛ لأن الوارث من المعتق^(١٠) من كان بحال لو مات المعتق في هذه الحالة^(١١) كان هو عصبته وذوو الأرحام ليسوا بعصبة وإن ورثوا بالتعصيب.

(٧) في «ج»: اثنتين.

(٨) «د»: ورث.

(٩) في «د»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: ويكون... من المعتق

ساقطة، وفي «د»: مع المعتق

(١١) في «ج»: ساقطة.

(١) «د»: ولم.

(٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «أ»: مطموسة، وهي في «ج»: «د»: مقروءة.

(٤) في «ج»: ابنتها.

(٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «أ»: ساقطة.

المعتق إذا تزوج امرأة معتقة وجاءت بولد وترك معتق الأم ومعتق الأب أو عصبة الأب وعصبة معتق الأب وعصبة معتق للأم فالميراث لمعتق الأب وعصبة معتق الأب^(١١)؛ لأن ولاء هذا الولد الذي خلق حر الأصل لقوم الأب والمعتقة لو تزوجت بزوجة وجاءت بولد وترك معتق الأم، هل يرث؟ فهذا على وجهين: إما أن كان أبوه عبداً حياً، أو عبداً مات، أو كان حر الأصل، فإن كان عبداً حياً، أو ميتاً، يرث؛ لأن ولاء هذا الابن لقوم الأم^(١٢) وإن علق^(١٣) الولد حرّاً؛ لأن الأب ليس من أهل الولاء^(١٤). وإن كان الأب معتقاً لا يرث، وإن لم يبق أحد من قوم^(١٥) الأب؛ لأن الولاء لقوم الأب، وإن بقي معتق الأب أو عصبة معتق الأب فهو له، وإن كان الأب هو الحر^(١٦) فهذا على وجهين: إما أن يكون الأب عربياً أو أصحياً.

فإن كان عربياً لا يرث معتق الأم بالإجماع؛ لأنه لا ولاء لقوم الأم، وإن كان أعجمياً: قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يرث معتق الأم. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يرث. فعصبة المعتق: ترث^(١٧) المعتق [أما عصبة المعتق]^(١٨) إذا لم يكن عصبة^(١٩) المعتق لا يرث.

مثاله امرأة أعتقت عبداً وماتت وترك ابناً وزوجاً ثم مات المعتق، فالميراث لابن المعتقة؛ لأنه عصبتها.

ولو مات الابن وترك الأب الذي هو زوج المعتقة ثم مات المعتق لا يرث الأب وإن كان الأب عصبة الابن والابن عصبة المعتقة لكن لما لم يكن^(٢٠) عصبة المعتقة لا يرث عصبة معتق المعتق^(٢١) [المعتق]^(٢٢) وإن كثروا يرث^(٢٣).

مثاله: رجل^(٢٤) أعتق عبداً أو أعتق المعتق عبداً أو أعتق الثالث عبداً ثم مات معتق الآخر^(٢٥) وترك عصبة المعتق^(٢٦) الأول لا غير ترث منه، ولو^(٢٧) كان هذا في صورة عصبة عصبة معتقة؛ لأن معتقه الأول حرّ ولاء هذا الميت، فصار مولى له ثم يرث عصبة معتق الأول لقيامه مقام مورثه.

الولد إذا علق حرّ الأصل بأن كانت أمه حرّة أصلية أو عارضية يجوز أن يثبت عليه ولاء^(٢٨).

- | | |
|--|--|
| (١) د: وعصبة معتق الأب: ساقطة. | (١٠) في د: عصبة، وفي د: عصبة. |
| (٢) في د: الأب. | (١١) في د: لم: ساقطة. |
| (٣) في د: تعلق. | (١٢) في د: (المعتق المعتق المعتق). |
| (٤) في د: الميراث. | (١٣) في د: د: ساقطة. |
| (٥) في د: قوم: ساقطة. | (١٤) في د: ترك. |
| (٦) د: حرّ الأصل. | (١٥) في د: د: معتق الآخر. |
| (٧) في د: ترك. | (١٦) في د: يعتق، وفي د: معتق. |
| (٨) في د: ساقطة. | (١٧) في د: د: ساقطة. |
| (٩) في د: عصبة، أي: عصبة المعتق كما هو في د. | (١٨) في د: د: ولاء، وفي د: ولاء وأثبت الأول. |

أما لولاء لقوم الأب أو لقوم الأم^(١) إن كان الأب حر الأصل لا ولاء لقوم الأب^(٢) فكذا إذا كانت [الأم]^(٣) حرة الأصل لا ولاء لقوم الأم؛ لأن حر الأصل لم يجز عليه العتق فلا يثبت الولاء وإن ثبت الولاء من الجانبين بأن كانا معتقين، يصير الولاء لقوم الأب^(٤) بالإجماع فإن كانت معتقة والأب^(٥) عبد حي أو ميت فالولد الذي علق^(٦) حر الأصل مولى لقوم الأم وعصبته معتق الأم، وإن كان الأب حر الأصل فهذا على وجهين: إن كان عربياً لا ولاء لقوم الأم بالإجماع حتى لا يرث معتق الأم ولا عصبته معتق الأم، ولا ولاء في جانب الأب؛ لأنه لم يجز عتق على الأب لكن إن^(٧) كان الأب حياً أو عصبته أو ذؤو أرحامه يرث من هذا الولد كما في سائر الأحرار. وإن كان الأب أعجمياً لا ولاء في جانب الأب^(٨) بالإجماع؛ لأنه لم يجز عليه عتق وهل يثبت الولاء من جانب الأم حتى يرث معتق الأم وعصبته معتق الأم^(٩)؟ قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: يثبت، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: لا يثبت وإن لم يثبت الولاء في جانب الأب كما في العربي بالإجماع.

الابنة تصير^(١٠) عصبه^(١١) بمن هو أسفل منها إذا مات الرجل وترك ابنة وابن ابن فالنصف للثنت، والباقي لابن الابن لكن إنما تصير عصبه بالأسفل إذا لم يصل إلى الأعلى فريضة. أما إذا وصل لا. وهنا وصل فإن النصف لها؛ لأنها ابنة وفريضة الابنة الواحدة النصف بالنقص إلا أنها تصير عصبه بخلاف النقص بالأخ وهي بمنزلة^(١٢) الابنة مع الابن. ألا ترى: أن ابن الابن يحمل الأخت وهي أخت^(١٣) الابن عصبه كما عرف في الفرائض. ثم إذا كان ابنة ابن وابن ابن [وبنت ابن ابن]^(١٤) كان النصف لابنة الابن وإن كان أعلى. كذا هنا. رجلان ادعيا ولاء ميت يدعي كل واحد منهما [أنه]^(١٥) أعنته وأقاما البيئتين تقصي بالولاء والميراث بينهما نصفان. أولاد الابن المذكور والإناث يسقطون بالابن. إذا مات الرجل وترك ابنة وأختاً لأب وأم وابن الابن فالنصف للثنت والباقي لابن الابن، ولا شيء للأخت.

القاتل مباشرة يحرم والمتسبب لا يحرم فإذا حرم المباشر جعل القاتل كالميت وإن كان حياً حقيقة ينظر: إن كان ميراث الميت حقيقة لمن يكون من الورثة؟ فكذا هنا. معتق إنسان تزوج بمعتقة إنسان فولدت ولداً فولد الولد لمعتق الأب، ولو تزوج بالمعتق بأمه إنسان فولدت ولداً فأعتق المولى الولد^(١٦) كان ولاء الولد له إذا لم يكن في

(٩) في «ج» وعصبه معتق الأم: ساقطة
(١٠) في «ج» و«د»: يعتبر.
(١١) في «ج» و«د»: ساقطة
(١٢) في «ج» و«د»: ساقطة
(١٣) في «ج» و«د»: بنت.
(١٤) في «أ»: ساقطة
(١٥) في «أ»: ساقطة.
(١٦) في «ج» و«د»: لامة.

(١) في «ج»: الأب.
(٢) في «ج»: الأب.
(٣) في «أ»: ساقطة.
(٤) في «ج»: ساقطة.
(٥) في «ج»: معتق لأب، وفي «د»: معتقة الأب.
(٦) في «ج»: تعلق.
(٧) في «ج»: لو.
(٨) في «ج»: الأول.

التركة دين وصح التخارج ويقسم^(١) الباقي بينهم على سهم الذي ظهر قبل التخارج لا أن يجعل هذا بالتخارج كأنه لم يكن.

بيانه: امرأة واحدة وأخ^(٢) لأب وأم [أصل]^(٣) المسألة من ثمانية أسهم^(٤): [للزوجة سهم]^(٥) وللأبنة النصف^(٦) أربعة وللأخ للأب والأم^(٧) الباقي ثلاثة أسهم للأبنة والأخ سبعة فإذا أخرجت المرأة يقسم الباقي بينهما على سبعة.

ولو جعلت المرأة بالإخراج كأنها لم تكن؟ يقسم بينهما نصفين؛ لأنه لو تركت^(٨) الابنة والأخ لأب وأم للأبنة النصف وللأخ النصف الباقي ولا يجعل^(٩)، هكذا اخنار^(١٠) الصدر الشهيد رضي الله تعالى عنه في أولاد البنات، ترجع بكونه ولد الوارث.

فأما في الأجداد الفاسدة هل يرجع بكونه يدلي إلى الميت بوارث [أم]^(١١) لا؟

بيانه: إذا ترك أب أم الأم وأب أب الأم يقسم المال [أثلاثاً]^(١٢) ثلثاه^(١٣) لأب أب الأم والثلث لأب أم الأم^(١٤). والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب.

- | | |
|----------------------|----------------------|
| (١) في فجاء: يخرج. | (٩) في فجاء: ساقطة. |
| (٢) في فجاء: وأب أخ. | (١٠) في فجاء: ساقطة. |
| (٣) في فجاء: ساقطة. | (١١) في فجاء: ساقطة. |
| (٤) في فجاء: ساقطة. | (١٢) في فجاء: ساقطة. |
| (٥) في فجاء: ساقطة. | (١٣) في فجاء: ساقطة. |
| (٦) في فجاء: ساقطة. | (١٤) في فجاء: ساقطة. |
| (٧) في فجاء: ساقطة. | واردة. |
| (٨) في فجاء: ترك. | |



كتاب^(١) في^(٢) الألفاظ التي تجري على اللسان فيكفر بها وما لا يكفر بها^(٣)



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(٤):

إذا قال بالفارسية عند الخصومة: (من دوزي اركل صد صور تولكنم) ينظر إلى نيته إن أراد به بيان ضعفه^(٥) لا يكون كفراً، وإن أراد به الخلق لهما ودماً يكفر.
ولو قال له: أعطني حقي، وإلا لأخذت ذلك^(٦) يوم القيامة، فقال بالفارسية: (مراد ران اسرهي كخامان)، فإنه لا يكفر؛ لأنه لا يجد، بل الله واجده.
ولو قال: (اكر فلان بيغا برويدي من بوي بكر ويدمي)؛ فإنه يكفر؛ لأنه قصد أن يكفر^(٧) أمراً مفروضاً من أوامر الله تعالى ومن قصد ذلك يكفر من ساعته.
ولو قال لرجل: (كفر به ازين كاركه بوكرديه)، قال: يكفر، وتبين عنه امرأته؛ لأنه عمل من الأعمال أفتح من الكفر، ولو أراد به تقييح ذلك الفعل لا يكفر^(٨).
ولو قال: لا إله، وأراد أن يقول: إلا الله، ولم يقل، لم يكفر؛ لأنه معتقد مصرّ علو الإيمان.

ولو قال لرجل اسمه محمد: يا بن الزانية (وهرجه حداي لي بدمان نام بنده است) لا يكفر؛ لأن أفهام الناس لا تقع على الرسول ﷺ، ويحمل كلام المسلمين على أحسن وأجمله.
ولو مز على رجل وهو يؤذن، فقال: كذبت، يكفر من ساعته؛ لأن فيه^(٩) قوله الله أكبر، لا إله إلا الله، وهذا صدق محض.

- (١) في حجة: باب. (٢) في حجة: ساقطة. (٣) في حجة: واد. ساقطة
(٤) في حجة: البسطة مع القول: غير واردة. (٥) في حجة: صفة
(٦) في حجة: واد: لا أحدثك، وفي حجة: أحدث بك وأثبت الأول.
(٧) في حجة: يكون، وفي حجة: واد: يكفر، وقد أثبت الأخير
(٨) في حجة: وتبين عنه امرأته... لا يكفر. ساقطة. (٩) في حجة: واد. ساقطة

امراً تشاجرت مع زوجها، فقال [الزوج]^(١) (حورمان كافر شوي) يكفر، ولو قال إن كان غداً كذا والله لا أكفر، يكفر من ساعته؛ لأنه قصد أن يكفر^(٢).

ولو قال لرجل: ألا تخشى الله تعالى عند العصب، فقال: لا، يكفر، وتبين امرأته، وعليه التوبة والاستغفار لعل الله تعالى يعفو عنه.

ولو قال بالفارسية: (مالي ما بدا له سان سوذخه ان حلال) قال: كل من استحل^(٣) محارم الله عز وجل يخاف عليه الكفر ولا يحكم بكفره بهذه المقالة، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أنه قال: كان رسول الله ﷺ يحب القرع، فقال رجل عنده: إني لا أحب القرع، فقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: هاتوا بالنطع والسيف، فقال الرجل: أستغفر الله. رجل قال لامرأته: إن لم تكوني أحب إلي [من]^(٤) الله تعالى فأنت طالق. قيل هذا ليس بمسلم فليستتاب عما قال ويجدد نكاحه، إذا علم امرأته الارتداد وأمرها بذلك يكفر؛ لأنه رضي بكفرها.

رجل قال: (يا حرام يا ثم خرد حلال جرا كردم) لا يكفر بها^(٥) وهو عاص. ولو قال [الطالب]^(٦): (أكردي خراجها ان است من اوري بن سائم) يكفر^(٧)؛ لأنه اعتقد أن يغلب على الله عز وجل [فإن تاب ولا ضربت عنقه]^(٨). ولو قال: (أكر ببغا بيراست)، لا يكفر؛ لأنه قد يغلب^(٩) على النبي عليه الصلاة والسلام.

من قال: إنَّ المعوذتين ليستا من القرآن: لا يكفر^(١٠)؛ لأنه متأول، ولو قال: إن إتيان الحائض حلال [فقد]^(١١) كفر.

نصراني أسلم فمات أبوه، فقال: ليت أني لا أسلم إلى هذا الوقت^(١٢) يصير مرتداً. رجل [وقع]^(١٣) بينه وبين آخر خصومة، فقال له رجل: (حكم خدای حين مرد) فقال: (من حكم جه دایم)، فهذا استخفاف منه بذكر الله تعالى، والاستخفاف به^(١٤) كفر. نصراني جاء إلى رجل، وقال: أعرض علي الإسلام لأسلم، فقال له الرجل: اذهب إلى فلان الفقيه حتى يعرض عليك الإسلام، فتسلم. اختلف المشايخ فيه، وينبغي أن لا يكفر؛ لأن عسى لا يعلم بذلك؛ لأن من الكفر ما لا يزول بقوله^(١٥): لا إله إلا الله.

- | | |
|---|--|
| (١) في داء: ساقطة | (٩) في هـ: واد: يغلب، وفي داء: يلعب، وأتينا الأول. |
| (٢) في داء: ولو قال... أن يكفر: ساقطة. | (١٠) في هـ: ساقطة. |
| (٣) في هـ: واد: استخف. | (١١) في داء: ساقطة. |
| (٤) في داء: ساقطة. | (١٢) في هـ: واد: بهذا. |
| (٥) في هـ: واد: بهذا. | (١٣) في داء: ساقطة. |
| (٦) في داء: واد: ساقطة. | (١٤) في هـ: واد: ساقطة. |
| (٧) في هـ: ساقطة. | (١٥) في داء: كقول. |
| (٨) في داء: واد: ساقطة، وهي زيادة في داء. | |

محمد رسول الله ما لم يتبرأ عن دينه وهو لا يعلم بذلك .

رجل عاب [على] ^(١) النبي ﷺ من شيء ^(٢) يكفر؛ لأنه استخفاف به .

ولو تمنى أن لا يكون الحمر حراماً لا يكفر؛ لأنه كان حلالاً .

وكذلك لو تمنى أن لا يكون صوم رمضان فرضاً لما يشق عليه ذلك لا يكفر .

ولو تمنى ألا يحرم الزنا ولظلم وقتل النفس بغير حق فإنه يكفر؛ لأن حرمة هذه الأشياء ^(٣) على وجه الحكمة ^(٤) والإطلاق خروج عن الحكمة فقد أراد بحكم الله تعالى ما ليس بحكمة وهذا ^(٥) جهل منه بربه تعالى .

ولو تمنى أن لا يكون فلان نبياً إن أراد ^(٦) به الاستخفاف بذلك النبي ﷺ أو عداوة به يكفر .

ولو قال: ينبغي لك أن تسجد ^(٧) لله تعالى وتسجد لي لا يكفر؛ لأن مراد الناس من هذا: الشكر والمنة لا حقيقة السجدة ^(٨) .

ولو قال عند المشاجرة مع رجل: الله تعالى حاكم بيننا، فقال ذلك الرجل ^(٩): (حداي حاكم شاند) يكفر؛ لأن الناس بأسرهم علموا أن الله عز وجل هو الحاكم بين عباده شريفهم وحقيرهم .

ولو قال: إن كان الله تعالى يعلم أنني فعلت كذا فهو غير عالم وقد فعل ذلك الفعل إن قال: هذا لا على وجه الحلف يكفر، ولو قال: على وجه الحلف: ما ينبغي أن يحلف على هذا، ولو فعل فهو عاص .

ولو قال: لشعر النبي ﷺ شعير يكفر وينبغي أن لا يلعن [يزيد بن معاوية ولا يظمن فيه] ^(١٠)؛ لأن النبي ﷺ: «نَهَى عَنْ لَعْنِ الْمُضِلِّينَ» ومن كان من أهل القبلة لا يحل لأحد ^(١١) [إلا] ^(١٢) الرسول عليه الصلاة والسلام؛ لأنه يعلم بأحوال الناس بإعلام الله تعالى إياه ولا يعلم بذلك غيره؛ ولأن أحداً وإن كان فاضلاً فقاتله ^(١٣) لا يكفر بقتله، فلأن يعزده لسانه بالخير كان أفضل من أن يعزده بالشر ^(١٤) .

رجل سنى الأمر بالمعروف غوغاه ^(١٥) فإن قال ذلك على وجه الرّد والإنكار: خيف

- | | |
|---|---|
| (١) في «أ» و«ج»: ساقطة . | (٩) في «ج»: ساقطة . |
| (٢) في «ج»: من شيء: ساقطة . وفي «د»: في شيء . | (١٠) في «أ»: ساقطة . |
| (٣) في «ج» و«د»: الأشياء: ساقطة . | (١١) في «ج»: الآخر . |
| (٤) في «ج» و«د»: الحكم . | (١٢) في «أ»: غير واردة . |
| (٥) في «ج»: وهو . | (١٣) في «ج» و«د»: فقاتله، وفي «أ»: فقاتله . |
| (٦) في «ج»: وأراد . | والمستلزم . |
| (٧) في «ج»: أن تسجد: غير واردة . | (١٤) في «ج» و«د»: باللعن . |
| (٨) في «د»: الشجرة . | (١٥) في «ج»: عرفا . |

عليه الكفر؛ لأن الأمر بالمعروف فريضة بالكتاب، ومن رد فريضة من انكتاب يكفر.

رجل تعلم^(١) القرآن ولا يعمل^(٢) به فقرأته^(٣) طاعة يشاب عليه ولا يكون مستهزئاً. وعسى يحمله ذلك على العمل به وكذلك من يكن يذنب^(٤) ولم يتب حتى مات وكان يصلي لا يكون مستهزئاً^(٥)؛ لأنه مطيع لله تعالى بصلاته وإن كان عاصياً بذنبه^(٦).

قاطع الطريق لا يصلي عليه سواء قتل في الحرب أو قتله الإمام؛ لأنه محارب [الله ورسوله]^(٧) كالباغي. والباغي لا يصلي عليه فكذا هنا.

رجل قال لامرأته: يا كفرة، فقالت: أنا كافرة فطلقني، بانت من زوجها، وتجبر على الرجوع والتوبة حسماً للباب.

وإذا قيل لرجل: أنت قلت كذا، فقال: إن كنت قلته فأنا كافر وهو يعلم أنه قد قال [فإنه]^(٨) يكفر. فإنه روي عن ابن مسعود رضي الله تعالى عنه: أن من حلف على الاستقبال إن فعلت كذا فهو يهودي أو نصراني أنه يكفر بهذا اليمين. وإن لم يكن هذا مذهب علمائنا رحمهم الله تعالى. ثم لما كفر بذلك؛ فلأن يكفر بهذا أولى والمسألة مختلفة بين المشايخ والأصوب قول من قال: أنه يكفر^(٩).

رجل وامرأة بينهما منازعة، فقال الزوج [لها]^(١٠): خافي الله تعالى، فقالت مجيبة له^(١١): لا أخاف [الله]^(١٢) فإن كان في أمر هو معصية عابها الزوج بذلك وحنوها كفرت وبانت من زوجها وتجبر على الرجوع إليه بحكم نكاح جديد، وإن كان في أمر لا يخاف من الله تعالى في ذلك لا^(١٣) يكفر إلا أن يريد الاستحفاف بذلك فحيث يكفر أيضاً.

ولو قال بالفارسية: (اي يار خدای من) لا شك بأنه يائس^(١٤) والكلام في الكفر إن كان لا يعرف معناه [وقال هكذا]: لا يكفر، وإن عرف معناه^(١٥) وأراد بذلك يعني يدرك خدای يكفر.

امرأة قالت: إن لم أفعل كذا فأنا كافرة، فلم تفعل فهذا يمين فإن نوت العور ولم تفعل فعلها الكفارة، وإن لم تنو يقع على العمر، ولا تحنث حتى تموت. وإذا ماتت فعلها أن توصي بالكفارة، وإن نوت الكفر كفرت من ساعتها.

امرأة أصيبت بولدها فقالت: (صهر يكي دادی در را اسندی) لا تكفر؛ لأنها وصفت الله تعالى بالأخذ والإعطاء.

(١) في نسخة و: يقرأ. (٢) في نسخة و: يعمل. وفي د: يعلم. وأثبتنا الأول.

(٣) في نسخة: هو أنه، وفي د: كما في د.

(٤) في نسخة و: يكن يذنب: ساقطة، وفي د: من ارتكب، وأثبتنا الأول.

(٥) في نسخة: ولم يكن لهوياً. (٦) في نسخة بدته، وفي د: مثل د.

(٧) في د: غير واردة. (٨) في د: غير واردة.

(٩) في نسخة: بمعنى اليمين... أنه يكفر: ساقطة. (١٠) في د: ساقطة.

(١١) في نسخة: ساقطة. (١٢) في د: غير موجودة وهي في نسخة و: د.

(١٣) في نسخة: لم. (١٤) في نسخة و: نائم. (١٥) في د: ساقطة.

امرأة أرادت أن تخرج من بيتها وكن الزوج منهما عن ذلك، فقالت بالفارسية: (كا قوم هالي يروح) فهذا يمين في عرف ديارنا.

الزحل إذا^(١) قال لامرأته: (ترا طلاق كه فلان كار كحين) فهذا تنحيز مطلق في الحال. كذا روى أبو حفص^(٢) رضي الله تعالى عنه.

رجل مات ابن له فقال: [يا رب]^(٣) يأخذ ممن له واحد ولا يأخذ ممن له عشرة وأنا أجتهد في جمع المال ولك أن تأخذ، فقال: أرجو أن لا يكفر؛ لأنه لم يصف الله تعالى بالظلم

رجل علم ولده القرآن [والأدب]^(٤) وما توجب الشريعة فلما بلغ مبلغ الرجال همل^(٥) أباه فأراد الأب أن يصرف أمواله إلى وجوه الخير ويحرمه عن الميراث، فقال: صرعه إلى ذلك خير له من تركه له؛ لأن في ذلك إعانة له^(٦) على المعصية.

رجل قال لآخر^(٧): (ابر الحمال في است) إن أراد به علم الدين كفر.

رجل قال بالفارسية: (اكر ماد روع لو سم خدای دروع لوريد) لا يكفر^(٨)؛ لأنه علم أن الله تعالى لا يكذب.

المرأة إذا قالت لزوجها: (لوبير خدای كه سريد إلي) فقال: نعم يكفر؛ لأنه الشر والعيب واحد، ومن ادعى الغيب كفر.

رجل قل: إن الله تعالى يسلم داود إلى أوريا، فيقول له: إن شئت فألقه في النار فإنه يكفر؛ لأنه^(٩) يقول في الله تعالى بما لا علم له بذلك.

رجل قال: (هر كه بدین جهان نی خرد لودید ان جهان كسه دیر یده نو) يكفر؛ لأن هذا هزو^(١٠) منه بأمر الآخرة.

رجل قل لامرأته: هب أنني لست بمسلم لا يكفر، ولو قيل له: لست بمسلم، فقال: لا، لم يكفر؛ لأن معنى هذا الكلام أن أفعلني لست كأفعال المسلمين.

رجل قال لآخر بالفارسية: (اي بار خدای من) قال أبو القاسم الضفاري: يكفر، وقال أبر نصر الدبوسي: لا يكفر، وهذا: أصح.

ولو قال لآخر عند المشاجرة: (بردان الله وباسمان برورد ویا خدای حنك ان) فإنه يكفر؛ لأنه أثبت في كلامه شيئين:

أحدهما: المكان لله تعالى وأنه^(١١) بريء عن ذلك بل هو خالق المكان

(١) مي «جاء واد»: ساقطة.

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) في «ه»: غير واردة.

(٤) في «ه»: ساقطة.

(٥) في «ج»: هجر.

(٦) في «ه»: ساقطة.

(٧) في «ج»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «ج»: فائه.

(١٠) في «ج»: هزو، وفي «ه»: طبر، واثنا الأول.

(١١) في «ج»: لأنه.

الثاني: [أنه]^(١) أثبت له قوة المقابلة مع الله تعالى وهذا كمر صريح.

قال الشيخ أبو منصور الماتريدي رحمه الله تعالى: من قال في زماننا: سلطان هذا الزمان عادل فإنه يكفر؛ لأننا نعلم أنه جائر، ومن^(٢) جعل الجور عدلاً يكفر، ولو قال رجل عند الغضب: لو نشر [علينا]^(٣) رسول الله ﷺ لا نأتمر بأمره لا يكفر ولا تبين عنه امرأته؛ لأن نشره مستحيل عادة، وذكر في بعض المواضع: أنه يكفر، فإنه قال: (اكر فلان بيغا مير بر دي من بری یکریدی) قال: يكفر، ولا تفاوت بين اللفظين.

وإذا قال الرجل بالفارسية: (خوازمي توبان) فقال مجيباً له: (مخ)، ثم قال: أردت بذلك الجواب إن لم يعتقد ما قال: لا يكفر، وإن اعتقد كفر وتبين امرأته عنه. قال أبو يوسف رحمه الله تعالى: الجهل في الكلام^(٤) علم والعلم في الكلام جهل.

رجل تزوج امرأة ولم يحضر بها^(٥) شاهداً، فقال: (خداي راو بیغا میر خدای راکوه هادم) يكفر؛ لأنه يعتقد أن النبي ﷺ يعلم الغيب إذ لا شهادة لمن لا علم له به، ومن^(٦) اعتقد هذا كمر، وبه قال الشيخ أبو القسم الصفار رحمه الله تعالى.

رجل ضرب عبده، فقال له رجل: أنت لست بمسلم، فقال: لا. إن تعتد ذلك كفر فإن أراد جوابه أو جرى على لسانه غلط لا^(٧) يكفر.

ولو قال رجل: أنا مؤمن إن شاء الله تعالى. إن قال ذلك من غير تأويل: كفر، وتأويله: أن يقول: لا أدري أخرج من الدنيا مسلماً^(٨) أم لا؟ وإن أراد به الاستثناء في الحال فإنه ليس بمؤمن؛ لأن استثناءه يبطل كلامه الأول.

رجل أخبرته امرأته أن فلاناً قدم على حال ضعيف ليس عليه إلا لبادة^(٩) خلق، فقال مجيباً لها: (امد هون دست خداي) وهو [لا]^(١٠) يعلم ما يقول^(١١): لا يكفر.

رجل أطلق كلمة الكفر إلا أنه لا يعتقد. اختلف جواب المشايخ فيه. والصحيح أنه يكفر؛ لأنه استخف بدينه. وروي عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى: لو أن^(١٢) رجلاً قال: إن محمداً رسول الله ﷺ لكن أحب أن أشتمه فهذا رجل لم يعرف الله عز وجل؛ لأنه لو عرف ما أحب أن يشتم محمداً عليه أفضل الصلاة وأتم التسليم، والله تعالى أعلم.

- | | |
|----------------------|----------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٧) في «ج»: و«د»: لم. |
| (٢) في «ج»: ولو. | (٨) في «ج»: مؤمناً. |
| (٣) في «أ»: ساقطة. | (٩) في «ج»: و«د»: الباجة. |
| (٤) في «ج»: بالكلام. | (١٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٥) في «ج»: يحضرها. | (١١) في «ج»: و«د»: قال. |
| (٦) في «ج»: وإن. | (١٢) في «ج»: لو أن: ساقطة. |

كتاب الحيل

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال رضي الله تعالى عنه^(١):

روي عن رسول الله ﷺ أَنَّ رَحْلاً اشْتَرَى صَاعاً مِنْ تَمْرٍ بِصَاعَيْنِ قَالَ لَهُ^(٢) النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «هَلَا بَعْتَ سِلْعَتَكَ ثُمَّ ابْتِغَتْ مِنْهُ بِذَلِكَ تَمْرًا» قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ يَدْرِكْ مِثْلًا نَأْتِرَبْ بِهِ وَلَا تَحْتَسِبْ﴾^(٣) فدل أن الحيلة مباح؛ لأن الغرار من الحرام وأحب وإن أراد به إبطال حق لا يسعه ذلك.

رجل أراد أن يشتري من آخر داراً فلا يأمن^(٤) من أن يكون خمصاً وقد ألجأها البائع إلى غيره فأراد^(٥) أن يشتريها على وجه لا يكون له فيها خصومة يكتب الضك باسم رجل غريب^(٦) يحضره مع نفسه ويؤكله بالشراء فيكتب الضك باسم الغريب، ويقول: إن فلاناً وكله فاشترها^(٧) له بأمره ويماله ويشهد على ذلك ويسلم النار إليه فحينئذ لا يكون بينهما خصومة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى.

رجل اشترى إناء فضة أو دنائير وليس معه إلا قليل دراهم وأراد أن يتفرقا ولا يبطل البيع بينهما، فالحيلة في ذلك: أن يتقدما بتقد ويستقرضه منه ثم يقد حتى يبلغ ذلك تمام الثمن فإذا تفرقا لا يبطل البيع بينهما.

رجل باع ضيعة ولم يرها المشتري فأراد أن يبيعها على وجه لا يكون له خيار الرؤية. فالحيلة: أن يقر بثوب لإنسان ثم يبيع الثوب مع الضيعة ثم المقر له يستحق الثوب المقر به بطل خيار الرؤية^(٨) للمشتري؛ لأنه اشترى شيئين في^(٩) صفة واحدة وقد استحق أحدهما فليس له أن يرد الباقي بخيار الرؤية؛ لأن فيه تفرق الصفقة على البائع.

- | | |
|--------------------------------|---|
| (١) في «ج»: جملة القول: ساقطة. | (٦) في «ج» و«د»: غريب، وفي «هـ»: عات وأبنا الأول. |
| (٢) في «ج»: ساقطة. | (٧) في «ج» و«د»: بأن يشتريها. |
| (٣) سورة ص: آية: رقم ٩٤. | (٨) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٤) في «د»: يأمر. | (٩) في «ج» و«د»: ساقطة. |
| (٥) في «د»: فإن أراد. | |

ولو أراد أن يدفع ماله مضاربة على وجه يكون المال مضموناً على المضارب ويكون الزبح بينهما نصفين فالحيلة: أن يرفع [الألف] ^(١) إليه قرضاً إلا درهماً ثم يشاركه في [الدرهم] ^(٢) في الباقي على أن يعمل ^(٣) فيه بالنصف فعمل أحدهما يكون الزبح على الشرط والمال مضمون عليه.

رجل له على رجل مال مؤجل فادعاه الطالب وقدمه إلى القاضي وخاف إن أقر بالمؤجل لا يصدقه في الأجل وقد ذكرنا هذا من قبل.

رجل له على غائب مال فأراد أن يقضي القاضي بذلك على الغائب ويقبل البيّنة على ذلك، فالحيلة في ذلك: أن يقدم رجلاً إلى القاضي ويدعي الكفالة عليه بذلك المال وينكر الكفيل الكفالة فيقيم البيّنة بكفالاته بذلك المال فتثبت الكفالة والذين على العائث فيقضي بذلك ثم يبرئ ^(٤) الكفيل عن الكفالة ويبقى القضاء على الغائب.

ولو أراد أن يرهّن بعض داره مشاعاً فالحيلة في ذلك: أن يبيع بعض داره من رجل على أنه بالخيار ويسلم المبيع إليه ثم يرهّن الباقي منه ويسلم إليه كل الدار ثم يفسخ البيع ^(٥) في نصف المبيع ويبقى الرهن في الباقي صحيحاً.

ولو كان في يده دار رهن والزّامن ^(٦) غائب فأراد أن يثبت ذلك عند القاضي ويسجل له بذلك يأمر الرجل بأن يدعي عليه رقبة هذه الدار فيقول الذي هي ^(٨) في يديه هي يدي ^(٩) رهن لفلان ويقيم البيّنة على ذلك فيحكم القاضي أنها رهن في يده.

ولو استأجر داراً فيها من المرممة والعمارة فأراد أن يتولى ذلك على وجه يكون أميناً ^(١٠) فالحيلة فيه: أن يعجل ^(١١) المستأجر أجرة بعض الشهر ثم يقبض وينفق عليه بأمره فيكون فيه أميناً فالقول قوله.

ولو أراد أن يدبر عبده على وجه يملك يبعه يقول: إذا مات وأنت في ملكي فانت حر فهذا يكون مديراً قصيراً فيملك يبعه ^(١٢). وإذا مات وهو في ملكه ^(١٣) عتق.

ولو أجز داره وفيها نخيل وأراد أن يسلم ذلك للمستأجر يعامل في ذلك رب الدار على أن لرب الدار [منها جزء من ألف] ^(١٤) جزء والباقي للعامل.

رجل وكل رجلاً يبيع عبداً له فأراد ^(١٥) الوكيل أن يشتري له ^(١٦) ذلك لنفسه قد ذكرنا

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «أ»: ساقطة.

(٣) في «د»: يعمل، وفي «أ»: يعمل وقد أثبتنا الأول.

(٤) في «ح» و«د»: يبرئ، وفي «أ»: يترك، وأثبتنا الأول.

(٥) في «ح»: المصح.

(٦) في «ح»: والزّامن.

(٧) في «ح» و«د»: القاضي، وفي «أ»: الغائب، وأثبتنا الأول.

(٨) في «ح»: ساقطة.

(٩) في «ح»: ساقطة.

(١٠) في «ح»: ساقطة.

(١١) في «ح»: ساقطة.

(١٢) في «ح»: ساقطة.

(١٣) في «ح»: ساقطة.

(١٤) في «ح»: ساقطة.

(١٥) في «ح»: ساقطة.

(١٦) في «ح»: ساقطة.

هذا من قبل .

الركيل بالبيع إذا أراد^(١) أن يبيع على وجه لا تكون المهددة عليه يأمر غيره بالبيع فيبيع وهو حاضر فيجوز البيع ولا تكون المهددة عليه .

ولو أراد أن يكتسب جارية ويطأها يبيعهها من ابنه الصغير ثم يتزوجها ويكتسبها فيطأها بالثكاح .

ولو^(٢) أراد أن يطأ أمته ولا تصير أم ولد له^(٣) يبيعهها من ابنه الصغير ثم يتزوجها يصح^(٤) ويكون أولادها أحراراً؛ لأنه أخ ابنه الصغير ولا تصير أم ولد له .

ولو حلف أن لا ينفق على امرأته وخاف الحنث، يؤاجر نفسه من امرأته كل الشهر ليتجر لها ويكتسب لها فما اكتسب يكون لها، أو تأمره أن يتقبل العمل من الناس إن كان خبطاً في الخبابة أو قصاراً في القصارة فما أصاب من الأجرة ينفق عليها ولا يحنث^(٥) .

رجل حلف أن لا يسكن هذه الدار وهو ساكن [فيها]^(٦) فشق عليه التحويل فإنه يبيع المتاع من غيره ويخرج بنفسه فلا يحنث ولو حلف بطلاق امرأته أن لا يصوم شهر رمضان . فالحيلة فيه^(٧) : أن يسافر ولا يصوم .

رجل حلف ليعطي فلاناً حقه رأس الشهر فلا ينهاه له ذلك يبيع منه^(٨) شيئاً يحقه ثم يشتري له منه فلا يحنث .

رجل في يده عشر جوزات فوضع خمساً منهن على يدي جاريته، وقال لها : إن أكلت^(٩) هذه الخمسة وإلا فأنت حرة ثم وضع الخمسة الأخرى على يدي امرأته وقال لها : إن أكلت هذه الخمسة، وإلا فأنت طالق فلم تأكل واحدة منها حتى اختلط بعضها ببعض فلا يعرف بعضها من بعض فلو أكلت الجارية كلها عتقت ولو أكلت المرأة كلها : طلقت فالحيلة في ذلك أن تبيع الجارية من رجل وتأكل المرأة كلها ثم تشتري منه فلا تعتق الجارية؛ لأن اليمين في حقها [انحلت]^(١٠) لا إلى جزاء .

رجل رأى عدداً من الدراهم في يد امرأته وقد أنفقتها وهلكت الدراهم فقال لها الزوج : إن أخبرتني أن الدراهم كم كانت؟ وإلا فأنت طالق ثلاثاً والمرأة لا تعلم ذلك فإن تأملت في ذلك ووقع عندها أنها كانت عشرين أو أقل فتقول : كانت عشرة أحد عشر [اثنى عشر]^(١١) إلى أن تنتهي إلى العدد الأخير فيبزي في يمينه .

ولو اتهم امرأته في شيء فقال لها : إن صدقتني وإلا فأنت طالق فتقول المرأة : امرأة

(٢) في دجاء . وإذا .

(١) في دجاء : بالبيع إذا أراد : ساقطة .

(٣) في دجاء : أم ولد له ، وفي داء : أمة ولده ، وأثنتا الأول .

(٤) في دجاء : وهو تصحيف .

(٥) في دجاء : يحنث ، وفي داء : يحصب ، وهو تصحيف .

(٦) في داء : ساقطة . (٧) في دجاء : ساقطة . (٨) في دجاء : ساقطة .

(٩) في دجاء : ساقطة . (١٠) في داء : ساقطة . (١١) في داء : ساقطة .

فعلت ثم تقول: ^(١) فعلت ما فعلت، فتكون صادقة في أحدهما يقياً، فلا تطلق

رجل وقف أرضه وخاف أن يطلها القاضي سرياً في ^(٢) قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فيقر في الوقف أنني رفعت إلى قاضٍ من القضاة فأَمْضَى ذلك فإنه يصير حائراً ولا يبطل بعد ذلك أبداً.

رجل قال: إن فعلت كذا فجميع ما أملك صدقة في المساكين، فأراد أن يفعل ولا يحنت يبيع جميع ما ملكه ^(٣) من رجل بثوب في منديل ويقضه ولم يره ثم يفعل ذلك ثم ينظر إلى الثوب ويردّه بخيار الرؤية فلا يلزمه شيء، وإن كان له ديون على الناس فصالح من ذلك ^(٤) الذين مع رجل بثوب في منديل ثم يفعل ذلك ويردّ الثوب بخيار الرؤية فيعود الذين ولا يحنت ^(٥).

رجل أخذ لقمة من فمه فقال له رجل: إن أكلتها فأمرأتي طالق، وقال آخر: إن ألقيتها فأمرأتي ^(٦) طالق فأكل بعضها وأبقى بعضها لا يحنت في يمينه أو بكرهه إنسان فيخرجها من يمينه. رجل حلف على امرأته أن لا تخرج إلا بإذنه فحاف أن تخرج بغير إذنه فيقول: أذنت لك لكل ^(٧) خروج فإذا خرجت لا يحنت.

ولو أراد أن يخوف امرأته، فيقول: أنت طالق بالزنا ^(٨) فلا تطلق.

رجل له برج حمام فأراد أن يبيع البرج مع الحمام على وجه يجوز بيعه فيبيعه بعد صلاة المغرب [حيث] ^(٩) كانت الحمامات مجتمعة فيه؛ لأنه لو باع قبل ذلك رُبما يكون متفرقاً فلا يجوز بيعه؛ لأنّ في أخذه خطراً.

رجل قال لآخر: إن كلمتك قبل أن تكلمني فأمرأتي طالق، وقال الآخر مثل ذلك، فالأول كلمه فلا يحنت؛ لأنّ الثاني كلمه [كلمة] ^(١٠) فيخرج الأول ^(١١) عن يمينه.

ولو أنّ صغيرة زوجها عمها فبلغت ووجبت لها الشفعة فأرادت أن تطالبها على وجه لا يبطل أحدهما فتقول: طلبت الحقين اللذين لي، اخترت نفسي من زوجي وطلبت الشفعة في أرض كذا.

رجل كفّل بنفسه رجل ولم يقدر على تسلمه فقال له الطالب: ادفع إليّ مالي على ^(١٢) المكفول عنه حتى تبرأ من الكفالة فأراد أن يؤديه على وجه يكون له حق الرجوع على المطلوب. [فالحيلة في ذلك: أن يدفع الدين إلى لطالب ويهب الطالب ما على المطلوب وهو الكفيل ^(١٣)] ^(١٤)

(١) في «أ» و«د»: ساقطة.

(٢) في «ج»: ساقطة.

(٣) في «ج» و«د»: بملكه.

(٤) في «ج» و«د»: ساقطة.

(٥) في «ج»: فيعود الذين ولا يحنت: ساقطة.

(٦) في «ج»: فأمرأتي.

(٧) في «ج» و«د»: كل.

(٨) في «أ»: ساقطة.

(٩) في «ج» و«د»: ثلاثاً.

(١٠) في «أ»: ساقطة.

(١١) في «أ» و«د»: ساقطة.

(١٢) في «ج» و«د»: وهو الكفيل: ساقطة.

(١٣) في «أ»: ساقطة.

(١٤) في «أ»: ساقطة.

ويؤكده بقبضه فيكون له حق المطالبة فإذا قبضه يكون له حق الرجوع؛ لأنه لو دفع المال إليه بغير هذه الحيلة يكون متطوعاً، ولو أدى بشروط أن لا يرجع لا يجوز.

رجل مات وترك ابناً وامراً وأراد الابن أن يخرج المرأة عن الميراث بصالحها على عوض فتراها عما كان لها^(١) من الحق من^(٢) التركة فيجوز.

ولو كان للميت دين على الناس فأراد الابن أن يختص بالدينون فالحيلة فيه: أن [يخرج]^(٣) الابن حصة المرأة من الدين ويقرض الغريم فيدفع الغريم إليها فيبقى الدين كله للابن بمعه بحكم القرض وبعضه بحكم الإرث.

رجلان لهما على رجل دين ألف درهم فأراد أحدهما أن يأخذ الخمسمائة من الغريم على وجه لا يشترك فيه شريكه فالحيلة: أن يستقرض من رجل خمسمائة^(٤) ويقبضها ويقول للغريم: أذ ما لي عليك من الحق وذلك خمسمائة ويقول للمقرض: اجعلها فصاحاً بما لك علي؛ لأنه قاض وليس بمقتض^(٥).

امراة حلى أرادت أن تهب مهرها من زوجها على وجه إن ماتت يبرأ الزوج^(٦) وإن لم تمت يكون المهر لها عليه^(٧) باقياً^(٨). فالحيلة: أن تشتري بمهرها^(٩) من الزوج ثوباً في منديل وتمضه^(١٠) فإن ماتت لم يبق لها عليه شيء وإن سلمت ترة بخيار الزوجة فيبقى المهر كما كان.

رجل أبحر داره من رجل وخاف أنه إن مضى شهر لا يفرغ الدار، فيقول له: أجرتك [هذا الدار]^(١١) عشرة أشهر: الشهر الأول: بعشرة دراهم، والشهور^(١٢) الأخرى كل شهر بدبار، فإذا مضى شهر فسرقة الدينار يحمل على الفسخ.

ولو^(١٣) خاف المستأجر أن يغيب الآخر نفسه ولا يقدر على^(١٤) رده إذا مضى شهر يسأل منه وكيلاً فيرده عليه^(١٥) بعد شهر.

إذا أراد أن يشتري أرضاً لا يجب للشفيع فيها شفعة. فالحيلة [فيه]^(١٦): أن يقول للشفيع بعد الطلب أو^(١٧) قبله: أبيع^(١٨) منك بأقل مما اشتريت فإن^(١٩) أحابه إلى ذلك بطلت شفعته، أو^(٢٠) يبيع الدار بالفين وهو^(٢١) يساوي ألفاً ثم ينقد المشتري تسعمائة ويشتري البائع بالف

- (١) في «ج» و«د»: ساقطة. (٢) في «ج» و«د»: في. (٣) في «أ»: ساقطة.
 (٤) في «ج»: ساقطة. (٥) في «ج» و«د»: بمقتض، وفي «أ»: بمقتض، ولعله تصحيف.
 (٦) في «ج»: يبرأ الروح: ساقطة. (٧) في «ج»: ساقطة. (٨) في «د»: باق
 (٩) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «ج»: ساقطة، وفي «د»: ويقبض.
 (١١) في «أ»: ساقطة. (١٢) في «د»: والشهر. (١٣) في «ج» و«د»: وإذا.
 (١٤) في «ج» و«د»: ساقطة. (١٥) في «ج» و«د»: إليه. (١٦) في «أ»: ساقطة.
 (١٧) في «ج» و«د»: أو، وفي «أ»: إذا، وأشتا الأول.
 (١٨) في «ج» و«د»: أبيع، وفي «أ»: أبيع، وأشتا الأول. (١٩) في «ج»: فإذا
 (٢٠) في «ج» و«د»: أو، وفي «أ»: إذا، وأشتا الأول. (٢١) في «ج» و«د»:

ومائة ثوباً يساوي مائة^(١١) فإذا جاء الشفيع لا يمكنه الأحد إلا بالفين لا يرغب فيه عسى أن^(١٢) يشتري السناء والأشجار بعشرة والأرض تسعمائة وتسعين أو يشتري جزءاً من ألف جزء من الدار بألف إلا عشرة ثم يشتري الباقي بعشرة فيكون شريكاً والشريك أولى من الجار، وهل له أن يحتال بهذه الحيلة لإبطال [الشفعة]^(١٣) قد ذكرناها في كتاب الشفعة.

رجل له ضيعة وله ورثة وأم فأراد أن يبقى الضيعة للأم إن مات هو، وإن ماتت أمه^(١٤) قبله تبقى له^(١٥) فالأفضل أن [لا]^(١٦) يحتال ولا يؤثر أمه على ورثته.

ولو أراد أن يفعل يبيع ضيعته من أمه في الحال بثوب في منديل ويقبض المنديل فإن مات هو تكون الضيعة للأم وبطل الخيار، وإن ماتت الأم يرث الثوب بخيار الرؤية وتسقى الضيعة له.

ولو خوصم في ضيعة فأراد أن لا يكون عليه يمين فإنه يقر لابنه الصغير فلا تجب عليه اليمين.

ولو قال: إن تزوجت امرأة فهي طالق فتزوج امرأة تطلق، ولو تزوجها مرة أخرى من ساعته لا تطلق؛ لأن كلمة [إن]^(١٧) دخلت على الاسم فلا تتكرر، ولو كان الحلف بالطلاق الثلاث، فالحيلة: أن يتزوج المرأة ويجعل رجلاً من أهل المدينة [يعني]^(١٨) من أصحاب الشافعي حكماً بينهما ورضياً، يحكمه فيحكم بينهما [بالحل]^(١٩) فإنه ترتفع اليمين فلا تبقى اليمين^(٢٠) ولا يقع الطلاق فإن خاف الزوج أن المرأة عسى ترفع الأمر^(٢١) إلى قاض يرى ذلك اليمين حقاً ويبطل ما فعل القاضي الأول بسبيله^(٢٢) أن يرفع إلى قاض حنفي المذهب حتى يمضي وينفذ ما فعل الشفعوي [المذهب]^(٢٣) فبعد ذلك لا يمكن لقاض أن يبطل ذلك. وقال بعضهم: يزوجه رجل امرأة^(٢٤) بغير أمره فإذا بلغه الخبر: لا يجيزه بالقول بل يجيزه بالفعل. نحو: أن يبعث إليها هدية صح التكاح ولا يقع الطلاق.

ولو حلف أن لا يزوجه ابنته^(٢٥) فزوجها رجل بغير أمره وبلغ الخبر إليه فأجاز، جاز ولا يحث^(٢٦).

ولو ابتلي إنسان بنحو ما قلنا^(٢٧) ففعل شيئاً من هذه الأشياء أرجو أن لا يكون به^(٢٨) بأس؛ لأن كثيراً من الصحابة [رضوان الله عليهم] لا يرون الطلاق في ذلك.

- | | |
|-------------------------|------------------------------|
| (١) في آية وآية العشرة. | (١٠) في آية وآية: ساقطة. |
| (٢) في آية: أو. | (١١) في آية وآية: ساقطة. |
| (٣) في آية: ساقطة. | (١٢) في آية: يسأله. |
| (٤) في آية: ساقطة. | (١٣) في آية: ساقطة. |
| (٥) في آية: تبقى له. | (١٤) في آية وآية: ساقطة. |
| (٦) في آية: ساقطة. | (١٥) في آية: أمه. |
| (٧) في آية: ساقطة. | (١٦) في آية: ولا يحث: ساقطة. |
| (٨) في آية: ساقطة. | (١٧) في آية وآية: ما ذكرنا. |
| (٩) في آية: ساقطة. | (١٨) في آية: له. |

رجل طلق امرأته ثلاثاً وخاف أن تتزوج بآخر فلا يطلقها، فسيده^(١): أن يشتري عبداً ويؤوجه منها بعدما انقضت عدتها بشهادة الشاهدين فإذا بنى بها يهبه منها فتقع المروة بينهما ثم يبعث بالمملوك إلى بلد من البلاد يباع في ذلك البلد فلا يظهر [أمره]^(٢) على ما ذكرنا في كتاب النكاح.

ولو كان له على رجل دين فأراد أن يكون به رهن لا يبطل الدين بهلاكه ويكون هو أحق به من بين^(٣) سائر الغرماء، يشتري منه^(٤) شيئاً بدينه ولا يقبضه فإن هلك لا يهلك الدين فإن مات من عليه الدين يكون هو أحق [به]^(٥) ولو قضى الدين في حال حياته أناله.

ولو أن امرأة طلقها زوجها وأنكر الطلاق والمرأة تخشى من الله تعالى ينهي للمرأة أن تدخل بيتاً فيه زوجها، فتقول: إنك تزوجت امرأة وهي في هذه الدار، فيقول الرجل: ليست لي امرأة في هذه الدار فتقول: كل امرأة لك في هذه الدار فهي طالق، فإذا حلف^(٦) طلقت هي وتخلص منه.

ولو أن رجلاً باع من آخر ضيعة ثم أناله وأنكر المشتري الإقالة، فأراد القاضي أن يحلف البائع على البيع يحلف وينوي به بيعاً بعد الإقالة فتصح يمينه إن كان مظلوماً.

وكذلك لو كان لرجل عليه دين فتقاضاه فقدم الطالب إلى القاضي وأنكر ذلك فأراد^(٧) أن يحلفه على الاستقراض بالله تعالى ما استقرضت منه ينوي استقراضاً بعد الأداء [أو]^(٨) يقول: باللاهي ويمضي في يمينه ولا يعلم القاضي بذلك.

ولو حلف أن لا يبيع جاريتته من فلان ثم بدا له أن يبيع منه فإنه يبيع منه ومن غيره أو يبيع منه نصفه ويهب الباقي منه فإنه لا يحث في يمينه.

مريض له دين على غيره وله بيّنة فأبرأه لا يجوز، ولو قال: لم يكن لي عليه دين ثم مات لم تقبل بيّنة^(٩) الوارث على ذلك ومضى إقراره في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى: لا يجوز ولو كان الدين على الوارث لا تجوز براءته.

(٦) في دج: ساقطة.
(٧) في دج: وده: وإن أراد.
(٨) في دج: ساقطة.
(٩) في دج: ساقطة.

(١) في دج: فيسأله.
(٢) في دج: ساقطة.
(٣) في دج: ساقطة.
(٤) في دج: ساقطة.
(٥) في دج: ساقطة.
(٦) في دج: ساقطة.

[كتاب^(١) في المسائل المتفرقة

من جميع الكتب]^(٢)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إمام أحدث فتاخر وقدم^(٣) رجلاً وقدم القوم رجلاً آخر وكل واحد يسوي أن يكون إماماً، فالمسألة على وجهين:

إما أن نوباً الإمامة معاً أو قدم أحدهما وآخر الآخر، فإن كنا [نوباً]^(٤) معاً جازت صلاة الذين اقتدوا بخليفة الإمام وفسدت صلاة الباقيين؛ لأنه خليفة الإمام وعلى الإمام أن يجعل خليفته عن نفسه.

وكذلك لو قدم هو وقدم خليفة القوم، والقوم اقتدوا به ثم نوى الآخر فصلاة الأولين جائزة وصلاة الآخرين فاسدة؛ لأنه لما سبق هو بالثبوت واقتدى به القوم تعين هو إماماً فعند ذلك نية الآخر للإمامة لا تصح.

ولو تقدم أحد أو تقدما بأنفسهما أيهما بلغ مكان الإمامة فهو الإمام [فمن اقتدى جازت صلاته]^(٥)، وإن بلغنا معاً فالعبرة لكثرة القوم، وإن كان القوم على السواء فسدت صلاة الكل.

رجل قال لامرأته: لو لم نأت بما كلم الله تعالى معه فأنت طالق ثلاثاً فأنت إليه بالنار؛ لأن الله تعالى كلم معه فقال حل وعز: ﴿يَنَادُ كُوفِي بُرْدًا وَسَلَامًا﴾^(٦)؛ لأن النار اسم عام فيدخل فيه جميع النيران.

رجل قال لامرأته: إن لم أحامل معك ما لم يعامل أحد مع^(٧) امرأته فأنت طالق ثلاثاً يشفي أن يضرب^(٨) على ظهر امرأته لبناً أو يضع حجراً على ظهرها^(٩) ويكسر عليه فستفأ.

- | | |
|--|--------------------------------|
| (١) في «ج»: ماب. | (٥) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في «أ»: العنوان كله ساقط، وهو في «ج» | (٦) سورة الأنبياء، آية: رقم ٦٩ |
| (٣) في «ج»: فتقدم. | (٧) في «ج»: ساقطة |
| (٤) في «أ»: ساقطة. | (٨) في «ج»: أن يضرب ساقطة |
| | (٩) في «ج»: ودده رأسها. |

إذا سنل عن رجل له أم وأختان زوجهن من رجل في عقدة واحدة، ووقع حائراً؟
فذلك^(١) حارية بين اثنين فجاءت بولد فادعياء فهو [ابن]^(٢) لهما، فإن^(٣) كسر الغلام ولكل
أب ابنة يكون كلاهما اختين له فزوجهما وأم نفسه من رجل بعد موت أبيهما جاز النكاح؛
لأنه لا قرابة بينهما.

وإذا سنل عن رجل مات وترك أخاً لأبيه وأمه وأخاً لامرأته ورث الأخ الذي لامرأته
دون أخيه الذي لأبيه وأمه فهذا رجل تزوج امرأة وتزوج ابنه بأم تلك المرأة فولدت لابنه ابناً
فذلك المولود أخ امرأته وهو في الحقيقة ابن ابنة، فلو مات أب المولود ثم مات أب أب
المولود وترك أخاً لأبيه وأمه وأخاً لامرأته وهو ابن ابنة^(٤) فالمال كله لأخ [امرأته]^(٥) دون
أخيه [لأبيه وأمه]^(٦).

وإذا سنل عن رجل مات وترك ثلاث بنات فورثت إحداهن ثلث^(٧) ماله والأخرى ثلث
ماله ولا شيء للثالثة. فهذا رجل مملوك له ثلاث بنات بنتان^(٨) منهن حرتان والأخرى
رقيقة، ثم إن إحداهما^(٩) اشترت أباهما فعتق عليها فاكسب الأب^(١٠) اكتساباً ومات فالثلاثان
للبنيتين الحرتين والثلث لمولى العتاقة^(١١) وهي البنت التي اشترته فصار لأحدهما الثلثان
وللأخرى الثلث ولا شيء للرقيقة أو يقال: الكل أحرار لكن الثالثة^(١٢) قاتلة أبيها.

رجل خرج تاجراً وترك امرأته في منزله فورد عليها كتاب زوجها^(١٣): إني تزوجت
[امرأة]^(١٤) فابعثي إلي النفقة؟ فهذا رجل مملوك كان^(١٥) تزوج بابنة مولاة فمات مولاة^(١٦)
وصار ميراثاً لابنته وانقطع النكاح فيما بينهما وصارت مالكة له فطلب النفقة من مملوكته^(١٧).

رجلان تزوج كل واحد^(١٨) منهما بأم صاحبه فجاءت كل واحدة منهما بابن. ماذا
من القرابة بينهما: يكون كل واحد منهما عمّاً لصاحبه.

ولو تزوج كل واحد منهما بابنة صاحبه والباقي على حالها فكل واحد يكون خالاً
لصاحبه^(١٩).

ولو تزوج كل واحد منهما بأخت صاحبه والمسألة بحالها كان كل واحد منهما ابن
خال الآخر.

- (١) في «ج»: ساقطة. (٢) في «أ»: ساقطة. (٣) في «ج»: ساقطة.
(٤) في «ج» و«د»: وأخاً لامرأته وهو ابن ابنة: ساقطة. (٥) في «ج»: ساقطة.
(٦) في «أ»: ساقطة. (٧) في «ج» و«د»: ثلثي. (٨) في «ج»: ثنتان.
(٩) في «ج» و«د»: إحداهن. (١٠) في «ج» و«د»: ساقطة. (١١) في «ج» و«د»: للعصب.
(١٢) في «ج» و«د»: والأخرى.
(١٣) في «ج» و«د»: عليها كتاب زوجها، وفي «أ»: فورد في كتاب زوجته، وأثبتنا الأول.
(١٤) في «أ»: ساقطة. (١٥) في «ج»: ساقطة. (١٦) في «ج»: فمات مولاة: ساقطة.
(١٧) في «ج» و«د»: فطلب نفقته من مولاته... وفي «أ»: فتطلب النفقة من مملوكها وأثبتنا الأول.
وتركنا كلمة مملوكته التي في «أ» لالتحام المسمى مع الأخرى
(١٨) في «أ»: ساقطة. (١٩) في «ج»: لو تزوج... لصاحبه: ساقطة.

قوم يختصمون^(١) في^(٢) الميراث فجاءت امرأة حبلى وقالت: لا تعجلوا بالقسمة فإنني حبلى فإن ولدت غلاماً فإنه لا يرث هو ولا أنا^(٣)، وإن ولدت جارية^(٤) ورثت أنا وهي، فهذا الميت تزوج أمة إسان وحبلت منه فقال المولى: إن كان ما في بطنها^(٥) جارية فإنها^(٦) حرة، وإن جاءت بالجارية تبين أن الزوج مات عن امرأة حرة وابنة فلهما الميراث وإن ولدت غلاماً فلا ميراث لها ولا له.

رجل خرج إلى السوق وترك امرأته في المنزل فلما رجع وجد امرأته قد^(٧) تزوجت بزواج آخر، فهذا رجل طلق امرأته وهي حامل^(٨) فوضعت حملها وانقطع التقاس^(٩) فلها أن تتزوج.

رجل صلى المغرب وتشهد فيها عشر مرات^(١٠)؟ فهذا رجل أدرك الإمام في القعدة الأولى فتشهد معه وصلى معه الركعة الثالثة وتشهد معه^(١١) الثانية وقد كان على الإمام سهو فسجد معه^(١٢) للسهو وتشهد معه الثالثة ثم تذكر [الإمام أنه قرأ آية السجدة ونسيها فسجد لها وسجد معه]^(١٣) وتشهد معه الرابعة ثم سجد مع^(١٤) الإمام للسهو وتشهد الخامسة، فإذا سلم يقوم إلى قضائه فإذا صلى ركعة تشهد السادسة وإذا صلى ركعة أخرى تشهد السابعة، وإذا^(١٥) كان سها فيها يقضي فسجد للسهو وتشهد الثامنة ثم^(١٦) تذكر أنه قرأ آية السجدة في قضائه فسجد للتلاوة وتشهد لها وهي^(١٧) التاسعة ثم سجد سجدة السهو وتشهد العاشرة ثم سلم.

رجل قال لآخر: استأجرني عشرين ظهراً بعشرين درهماً: البعير والبعل والحمار^(١٨). كل بعير بدرهمين، وكل بغل بدرهم وكل حمار بنصف درهم يستأجر له^(١٩) من الحمير عشرة بخمسة دراهم وخمس أبقرة بعشرة [دراهم]^(٢٠) وخمسة بغال بخمسة [دراهم]^(٢١) فاستقدم الأمر.

رجل اتجر ثلاثة أيام وبيع كل يوم [من الأيام]^(٢٢) مثل رأس المال وتصدق كل يوم بدرهمين فلم يبق له شيء فهذا رجل رأس ماله درهم وأربعة^(٢٣) دنانق ونصف دنانق.

- | | |
|--|--|
| (١) في اجء: يقسمون. | (١٢) في اجء: ساقطة. |
| (٢) في ادء: ساقطة. | (١٣) في ادء: ساقطة. |
| (٣) في اجء: لا أرث لا أنا ولا هو. | (١٤) في ادء: ساقطة. |
| ساقطة، وهي في ادء وادء. | (١٥) في اجء وادء: وقد. |
| (٤) في اجء: أنثى. | (١٦) في اجء: وقد. |
| (٥) في اجء وادء: بطنك. | (١٧) في اجء وادء: لها وهي: ساقطة. |
| (٦) في اجء وادء: ماتت. | (١٨) في اجء وادء: البعير والبس والحمار: ساقطة. |
| (٧) في ادء وادء: ساقطة. | (١٩) في اجء وادء: ساقطة. |
| (٨) في اجء وادء: حبلى. | (٢٠) في ادء: ساقطة. |
| (٩) في اجء وادء: وانقضت عدتها. | (٢١) في ادء: ساقطة. |
| (١٠) في اجء: تشهدات. | (٢٢) في ادء: ساقطة. |
| (١١) في اجء: الثالثة وتشهد معه: ساقطة. | (٢٣) في اجء: ساقطة. |

قيل لرجل: إن امرأتك في دار فلان فقال: إن كانت هي في دار فلان فجاري^(١) حرّة، فقال له^(٢) أيضاً: جاري^(٣)ك في داره، فقال: إن كانت كذلك فامرأتي^(٤) طالق فإذا هما في دار فلان تعتق الجارية ولا تطلق المرأة؛ لأنّ الجارية عتقت بالكلام السابق فلم تنق جارية له إلا أنّه سمّاها جارية باسم ما كان فإن أقرّ بذلك طلقت امرأته بذلك.

رجل قال لامرأته: إذا^(٥) طهرت من حيضة فأنت طالق للسنة فطهرت^(٦) من حيضها ثم جاءت بولد لسنة أشهر منذ تكلم بهذا الكلام لا يقع الطلاق عليها؛ لأنّه ظهر أنّه لم يكن ذلك حصاً.

وكذلك لو جاءت بولد لسنة أشهر ويوم أو يومين فإن جاءت لليلة وقع الطلاق والولد رجعة لها؛ لأنّه يتخلّل بين الحيض والحبل ثلاثة أيام وليس فيها جماع فوقع طلاق السنة عليها ثم وطئها بعد ذلك فهذا الوطء يكون رجعة.

رجل قيل له: كم سنك، فقال: على قول أبي يوسف^(٧): سني^(٨) خمس وثلاثون وعلى قول أبي حنيفة^(٩)، ومحمد: [سني]^(١٠) ست وثلاثون؛ لأنّ أبا حنيفة رحمه الله تعالى يعتبر الشهر بالأيام. وفي قولهما: الحساب بالأهلة فينقص من [كل]^(١١) سنة عشرة أيام فيعرف أن^(١٢) ولادته في بعض الشهر لا في رأسه^(١٣).

رجل تزوّج امرأة وزوّج ابنتها^(١٤) من ابنه فولدت لكل واحد ابناً فابن الأب^(١٥) يكون عمّاً لابن الابن من جهة الأب^(١٦) وخالاً من جهة الأم وابن الابن يكون ابن الأخت وابن الأخ لابن الأب.

مريض يصلي بالإيماء فلما بلغ حالة التشهد يظنّ أنّه حالة القيام فاشتغل بالقراءة ثم تذكر أنّه حالة التشهد فلا يخلو: إمّا^(١٧) أن كان هذا^(١٨) التشهد الأول أو التشهد الثاني؟ فإن كان التشهد^(١٩) لأول فحالة القراءة تنوب عن القيام فلا يعود إلى التشهد [ويتم الصلاة]^(٢٠) وإن كان التشهد الثاني رجع إلى التشهد ويتم الصلاة وكذلك الجواب في الصحيح إذا قام قبل أن يتشهد.

رجل صلى أربع ركعات وجلس جلسة خفيفة فظنّ أن ذلك ثلاثة فقام ثم تذكر مجلس وقرأ بعض التشهد وسلم^(٢١) إن كان كلا الجلستين^(٢٢) مقدار التشهد جازت الصلاة وإن

(١) في د: جاريته. (٢) في د: فامرأته. (٣) في د: جاريته. (٤) في د: جاريته.

(٥) في د: إن. (٦) في د: ثم طهرت. (٧) في د: على قول أبي حنيفة.

(٨) في د: سني وفي د: سني، وقد أثبتنا الأول.

(٩) في د: أبي يوسف. (١٠) في د: ساقطة. (١١) في د: ساقطة ومي في د.

(١٢) في د: ساقطة. (١٣) في د: ولادته. (١٤) في د: ساقطة.

(١٥) في د: الأب، وفي د: الابن وأثبتنا الأول.

(١٦) في د: الابن الأب، وقد أثبتنا الأخير. (١٧) في د: فلا يخلو إمّا: ساقطة.

(١٨) في د: ساقطة. (١٩) في د: تشهد. (٢٠) في د: ساقطة.

(٢١) في د: وتكلم. (٢٢) في د: الجلستين.

رجل له على رجلين دين [واحد]^(١) فأخذ^(٢) من هذا خمسة ومن الآخر خمسة فخلط أحدهما بالآخر ثم وجد بعضها^(٣) زيوفاً أو بنهرجة إن كان ذلك ثلاثاً أو أربعاً أو خمساً لا يرد؛ لأن لكل واحد أن يقول: ما أعطيتك إلا حياًداً والبنهرجة لصاحبي فإن زاد على ذلك بأن صارت ستة يرده على واحد درهماً، وإن^(٤) وجد سبعة يرده على كل واحد درهمين؛ لأنه لما وجد ستة يكون في يده من الحياض أربعة فكل واحد منهما^(٥) [يدعى أنه المعطي للجياض، وبقي إلى تمام ذلك درهم فيرد الترهيم على كل]^(٦) واحد^(٧)، وكذلك السبعة، وإن^(٨) وجد ثمانية يرد على كل واحد منهما ثلاثة، وإن وجد تسعة يرده على كل واحد منهما أربعة، وإن وجد عشرة يرده على كل واحد منهما [خمس]^(٩).

رجل أخذ حمارة رجل من الجبانية بغير إذن صاحبها ليحمل عليها شيئاً فحمل وردها^(١٠) إلى الجبانية وكان للحمارة جحش يتبعها فهلك إن كان يتعرض^(١١) للذهاب والمجيء في السوق يحب الضمان وإلا فلا يجب.

[رجل]^(١٢) مريض أقر لبعض ورثته^(١٣) بعد ثم أعتقه فالمسألة على وجهين: إما أن^(١٤) كذبه الورثة في الإقرار أو صدقوه، فإن كذبه^(١٥) نفذ عتقه في الثلث؛ لأنه بطل الإقرار، وإن صدقوه^(١٦) لم ينفذ عتقه^(١٧) في شيء من هذا^(١٨) من حيث الحكم. فأما [فيما]^(١٩) بينه وبين الله تعالى فإن لم يسبق بينهما ما يوجب الملك ولم يخرج العبد من الثلث عتق ثلثه.

صبي قد أدرك فأراد أن يخرج إلى سفر الحج وأبواه^(٢٠) يمنعان من ذلك فإن كان الصبي صبيح^(٢١) الوجه غير ملتحي فلهما أن يمنعا، وكذلك إن لم يكن كذلك لكن هما محتاجان إلى معونته وليس له ما يخلف لهما فلهما أن يمنعا، وكذلك لو كان الطريق مخوفاً، ولو^(٢٢) لم يكن شيء من هذا فله أن يخرج.

امرأة خرجت من بيت زوجها لزيارة أبيها^(٢٣) فمرضت ولا تستطيع الرجوع إن كان

(١٣) في «ج» و«د»: ورثته، وفي «أ»:

قريبه، وقد أثبتنا الأول.

(١٤) في «ج» و«د»: ساقطة.

(١٥) في «د»: أو صدقه، فإن كذبه.

(١٦) في «د»: وإن صدقه.

(١٧) في «د»: العتق.

(١٨) في «ج». من هذا: ساقطة.

(١٩) في «أ»: ساقطة.

(٢٠) في «ج»: ساقطة.

(٢١) في «ج»: صبيح.

(٢٢) في «ج» و«د»: وإن

(٢٣) في «ج» و«د»: أبيها.

(١) في «أ»: ساقطة.

(٢) في «د»: ساقطة.

(٣) في «د»: بعضه.

(٤) في «ج» و«د»: ولو.

(٥) في «ج»: ساقطة.

(٦) في «أ» و«ج»: ساقطة، وفي «د»:

(٧) في «أ»: ساقطة.

(٨) في «ج»: ساقطة.

(٩) في «أ»: ساقطة.

(١٠) في «ج»: ثم ردها، وفي «د»: ورده. بدون ماء الضمير.

(١١) في «د»: معرض.

(١٢) في «أ» و«د»: ساقطة.

ذلك مرضاً لا يمكنها الرجوع بوجه من الوجوه وعجزت عن ذلك فتعفتها على زوجها، وإن لم يكن كذلك فلا نفقة لها عليه؛ لأنها ناشئة.

وجل له على رجل مائة^(١) درهم دين^(٢) وله عنده [مائة]^(٣) وديعة، فقال: قد جعلت هذا قصاصاً بذلك إن كانت الوديعة في يده أو قريباً منه بحيث يقدر على قبضها يصير قصاصاً، وإن لم يكن فلا يصير قصاصاً ما لم يرجع إليها كذا^(٤) روي عن محمد رحمه الله تعالى.

رجل زوج ابنة الكبير امرأة بغير إذن الابن فالتكاح موقوف على إجازة الابن فإن لم يجز حتى جرت جنوناً مطبقاً فإن أجاز الأب جاز وإلا فلا؛ لأن الأب صار بحال لو استأنف العقد عليه يجوز فيجوز بإجازته أيضاً.

رجل أتى رجلاً حل له أن يتزوج ابنته؛ لأن هذا الفعل لو كان في الإناث لا يوجب حرمة المصاهرة ففي المذكور أولى.

دار بجنبها دار لآخر فجعل إحدى الدارين اصطبلًا ولم يكن في القديم كذلك إن جعل وجوه^(٥) الدواب إلى [وجه]^(٦) داره ليس له أن يمنعه، ولو كان حوافره^(٧) نحو داره له أن يمنعه [إن كان]^(٨) فيه ضرر بين.

مقبرة قديمة بجنب أرض رجل فأراد أن يضمها إلى أرضه فإن لم يكن لها قيمة فلا ثم^(٩) فيه^(١٠)، وإن كان لها قيمة فإن كانت لأهل الجاهلية فهي بمنزلة أرض الموات، وإن كانت لأهل الإسلام فهي بمنزلة اللقطة يبيعها ويصرف ثمنها إلى مصالح المسلمين.

الملقط إذا كان يعرف أن^(١١) اللقطة للذي يضعها في بيت المال للتوابع^(١٢) ولا يتصدق^(١٣) بها^(١٤) [عنه]^(١٥)؛ لأنه ليس من أهل التصديق [عنه]^(١٦).

رجل في يده قدح من ماء فقال: إن شربته^(١٧) فامرأته طالق وإن صبيته فامرأته طالق وإن وضعته أو أعطيتها أحداً فكذاك يرسل عليها خرقه حتى ينشف الماء.

وكذلك لو كان على رأس^(١٨) السلم، فقال: إن ارتقيت فامرأته طالق، وإن رجعت فكذاك^(١٩) وإن أخذني أحد فكذاك^(٢٠) وضع^(٢١) السلم على الأرض حتى يفصل عنه

(١) في نسخة وده: مائة، وفي دأ: ثلاثة، وأثبتنا (١١) في نسخة: ساقطة. الأول.

(١٢) في نسخة: ساقطة.

(١٣) في نسخة: للتصدق.

(١٤) في نسخة: ساقطة.

(١٥) في دأ وده: ساقطة.

(١٦) في دأ وده: ساقطة.

(١٧) في نسخة: شربت بدون ماء الصمير.

(١٨) في نسخة وده: ساقطة.

(١٩) إشارة إلى جملة فامرأته طالق.

(٢٠) في نسخة: وإن أخذ به أحد فكذاك ساقطة.

(٢١) في نسخة: برصع.

(٢) في دده: ساقطة.

(٣) في دأ: ساقطة.

(٤) في نسخة: ساقطة.

(٥) في دده: وجه.

(٦) في دأ: ساقطة.

(٧) في دده: حوافره.

(٨) في دأ: ساقطة.

(٩) في نسخة: أثر.

(١٠) في نسخة: عليه.

رجل قال لامرأته: إن لم أجامعك على رأس الزمّع فأنت طالق يفرز الرمح في سطح حتى يبدو رأسه من الأعلى فيجامع عليه.

وكذلك^(١) لو قال: إن لم أجامعك في نصف^(٢) النهار في وسط السوق فأنت طالق بجامعها في العماري في وسط السوق.

ولو قال لامرأته: إن لم تطبخني في قدر فيه منوين من الملح ولا ملح في المطوخ فأنت طالق تطبخ بيضاً في منوين من الملح.

رجل استأجر دابة بأربعة دراهم على أن يرجع في^(٣) يومه فرجع إليه بعد خمسة أيام^(٤)، قال: يجب عليه درهمان أجر الذهب؛ لأنه خالفه في الرجوع.

رجل كتب إلى امرأته كل امرأة [لي]^(٥) غيرك وغير فلانة فهي طالق ثم بدا له فمحا اسم فلانة وأفلد الكتاب لا تطلق فلانة؛ لأنه استثنائها^(٦).

رجل قال: والله لا أشرب الخمر إلا أن أرى فيه خيراً من ذلك فشرب من غير اضطرار يحنث ويخاف عليه الكفر.

رجل قال: لا أشرب من كسب فلان فشرب من ماء الجمد الذي وضعه على الطريق للشرب، قال: أخاف أن يحنث؛ لأنه كسبه.

ولو أكل كسرة من [خبز]^(٧) في^(٨) بيت المحلوف عليه إن كان ذلك^(٩) مما يعطى للفقراء يحنث وإن كان لا يعطى لا يحنث.

رجل قال لامرأة^(١٠): تزوجتك^(١١) إن شئت أو شاء فلان فأبطل صاحب المشيئة صخ النكاح؛ لأن المشيئة^(١٢) متى بطلت بقي نكاح بغير مشيئة كما إذا أبطل الخيار المشروط في السلم يبقى السلم صحيحاً.

رجل قال لامرأة كانت هي زوجة له فيما تقدم: (أكر ماتوزن يودي باما شي) فأنت طالق ثم تزوجها^(١٣) لا تطلق؛ لأنّ اليمين انحلت بوجود أحد الشرطين كرجل قال: إن خطبتك وتزوجتك فأنت طالق فخطبها ثم تزوّجها لا تطلق؛ لأنّ اليمين انحلت^(١٤) بالخطبة.

إذا حلف لا يأكل هذا اللحم فأكله غير مطبوخ لا يحنث كما إذا حلف لا يأكل من^(١٥) هذا الذئبق فأكله كذلك، وقال بعض المشايخ: يجب أن يحنث؛ لأنّ من التمس من يأكله كذلك.

- | | |
|--------------------------|---|
| (١) في «ج»: ساقطة. | (٩) في «ج»: ساقطة. |
| (٢) في «د»: وسط. | (١٠) في «د»: لامرأته. |
| (٣) في «ج»: من. | (١١) في «ج»: تزوجها. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (١٢) في «ج»: تزوجتها. |
| (٥) في «أ»: ساقطة. | (١٣) في «د»: النكاح. |
| (٦) في «ج» و«د»: أثبتها. | (١٤) في «ج»: بوجود أحد.... انحلت ساقطة. |
| (٧) في «أ»: ساقطة. | (١٥) في «ج»: ساقطة. |
| (٨) في «ج»: من. | |

سكران قال لامرأته إن لم يكن فلان أوسع منك دبراً فأنت طالق ثلاثاً فهذا مما لا يوقف على حقيقته فلا يقع الطلاق

رجل حلف لا ينام على هذا الفراش ما دام في القرية فتزوج امرأة في بلدة ونام على ذلك الفراش إن تزوجها على نية أن يطلقها فهو غريب، كذلك إلا إذا نوى المكث والقرار معها^(١) فحيث لا يبقى غريباً فإذا نام لا يحنث.

رجل سرق من آخر ثوباً^(٢) فقبل أن يطالبه دفع السارق إليه مالاً ثم جحد المسروق منه وحلف على ذلك إن كان مستهلكاً لا يحنث في يمينه، وإن كان قائماً لا أقول: إنه^(٣) حانث أيضاً.

رجل وهب من رجل ثوباً ثم اختلسه منه الوهاب^(٤) فاستهلكه فعليه الصمان؛ لأن الرجوع لا يكون إلا عند القاضي. قال المعقب أبو الليث رحمه الله تعالى: هذا قول أصحابنا، وبه نأخذ.

ولو وهب منه دراهم ثم استقرضها^(٥) منه صح القرض، وليس للوهاب أن يرجع فيه أبداً؛ لأن الهبة صارت مستهلكة.

رجل تلا آية السجدة وهو على غصن من أغصان الشجرة ثم تحول إلى غصن آخر وقرأها أيضاً إن كان الأغصان بحالة يمكن التحويل من غير نزول تكفيه شجرة واحدة، وإن كان لا يمكنه ما لم ينزل من هذا الغصن ويوتقي إلى الغصن الآخر يلزمه سجدتان؛ لأنه في معنى موضحين.

رجل دخل في صلاة الإمام وقال^(٦) في نيته: اقتديت بهذا الشاب فإذا هو شيخ صح الاقتداء؛ لأنه يعرض أن يصير شيخاً، والشيخ^(٧) قد يسمى باسم ما يؤول إليه. قال الله تعالى: ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَلَهُمْ مَآئِدٌ مِّنْهُ﴾^(٨) ولو [قال]^(٩). اقتديت بهذا الشيخ، فإذا هو شاب لا يصح الاقتداء [به]^(١٠) لأنه لا عرضية له.

نصرانية حائض فطهرت فأسلمت قبل طلوع الفجر إن طهرت أولاً ثم أسلمت تحب عليها صلاة العشاء؛ لأنها أسلمت في آخر وقت العشاء، وهي طاهرة، ولو أسلمت أولاً، ثم طهرت فإن كانت أيامها عشرة وقد بقي من الوقت شيء^(١١) تجب عليها صلاة العشاء أيضاً؛ لأن هذا الاغتسال ليس من الأيام، وإن كان دون العشرة إن اغتسلت والوقت باقي يجب عليها ذلك وإن لم تكن اغتسلت لا يجب؛ لأنها بنفس الانقطاع لا تصير طاهرة ما لم تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل ولم يوجد.

(١) في حجة وهدى: عليها. (٢) في هدى: ثوباً، ولعله تصحيف.

(٣) في حجة وهدى: لله، وفي هدى: له، وقد أثبتنا الأول. (٤) في حجة: من الوهاب.

(٥) في هدى: لا استقرض. (٦) في حجة وهدى: وقال، وفي هدى: وهو، وأثبتنا الأول.

(٧) في هدى: والشيء، وفي هدى: والشيخ، وقد أثبتنا الأول. (٨) سورة الزمر، آية. رقم ٢٠.

(٩) في هدى: ساقطة. (١٠) في هدى: ساقطة. (١١) في حجة: ساقطة.

[رجل] ^(١) ينسحر في شهر رمضان فأخبره رجلان أن الفجر قد طلع فلا تأكل [وشهد] ^(٢) آخران أن الفجر لم يطلع فكل ^(٣) فأكل فإذا العجر طالع. اختلف المتأخرون في وجوب الكفارة، قال بعضهم: تجب؛ لأن الليل ثابت يبين، وقولهما إن الفجر لم يطلع وجوده وعدمه بمنزلة [فلما أخبر الآخران] ^(٤) فقد ^(٥) أخبرا بشيء حادث فاعتبر قولهما فإذا أكل فقد أكل قاصداً فتلزمه الكفارة، وقال بعضهم: لا تجب؛ لأن البيتين تعارضا فبقي هو متسحراً وهو لا يعلم بطلوع الفجر فيلزمه القضاء دون الكفارة، فإذا أخبر واحد أن العجر طالع وهو أكل يلزمه القضاء دون الكفارة؛ لأنه قبل خبره أن الفجر طالع وقد وجب عليه القضاء بذلك فخبره وقع بعد أكله فلا تلزمه الكفارة.

أما لو قال: (سئده من دمد) فأكل بعد ذلك الآن ^(٦) تلزمه الكفارة؛ لأن [هذا] ^(٧) اللفظ يدل على أن ^(٨) الضبح غير ^(٩) طالع؛ لأنه قال: (سئده من دمد) فكان حكم صومه قائماً فلما أكل بعد خبره فقد قصد إفساد صومه فتلزمه الكفارة.

رجل شرع مع الإمام في صلاة التراويح فلما قعد الإمام إلى التشهد نام هو وسلم الإمام وأتى بالشفع الآخر وقعد للتشهد فانتبه هذا الرجل إن علم بذلك وسلم ويدخل مع الإمام ويوافقه في التشهد فإذا سلم الإمام يقوم ويأتي بالركعتين سريعاً وسلم ويدخل مع الإمام وإن لم يعلم وسلم ويدخل مع الإمام ^(١٠) في الشفع الثالث وقد فاته شفع فيقضيه بعد الفراغ.

ولو أن الإمام صلى من الشفع الأول ركعة واحدة وسلم ساهياً ثم أتى بما بقي ركعتين ركعتين على وجهها إن تكلم بعدما سلم أو أكل أو عمل عملاً يخرج من الصلاة فإنه يجب عليه قضاء الأول لا غير باتفاق فأما إذا لم يأت بشيء يخرج من الصلاة وكثر للثالثة ^(١١). قال مشايخ سمرقند: صلاته كلها فاسدة؛ لأن بهذا السلام لا يخرج من ^(١٢) الصلاة فلما أتى بالتكبير فقد أتى به ^(١٣) في غير موضعه، وعليه أن يقعد على رأس الركعتين وأنه [قد] ^(١٤) قعد على رأس الثلاث وذلك لا يخرج أيضاً، هكذا إلى آخره؛ لأنه لم يأت بما هو المشروع في التطوع وهي ^(١٥) القعدة على رأس ركعتين ففسدت ^(١٦) كلها، وقال مشايخ بخارى: لا بل فسد الشفع الأول فحسب؛ لأن كل ركعتين صلاة على حدة فإذا قام وكبر فقد دخل في الشفع الثاني والفساد في الشفع الأول لا يوجب الفساد في هذا الشفع فبقي هو صحيحاً وعليه قضاء الشفع الأول.

- (١) في «أ»: ساقطة. (٢) في «أ»: ساقطة. (٣) في «ج»: ساقطة. (٤) في «أ»: ساقطة. (٥) في «ج»: و«د»: فقد، وفي «أ»: فإذا، وقد أثبتنا الأول. (٦) في «ج»: الآن وفي «أ»: إلا أن وفي «د»: غير واضحة وأثبتنا ما في «ج». (٧) في «أ»: ساقطة. (٨) في «ج»: ساقطة. (٩) في «ج»: ساقطة. (١٠) في «ج»: و«د»: ويوافقه... ويدخل مع الإمام: ساقطة. (١١) في «ج»: و«د»: للثالثة، وفي «أ»: للثالثة، وأثبتنا الأول. (١٢) في «ج»: و«د»: من، وفي «أ»: عن، وأثبتنا الأول. (١٣) في «ج»: و«د»: ساقطة. (١٤) في «أ»: ساقطة. (١٥) في «ج»: وهو (١٦) في «ج»: قصد، وفي «د»: قصد.

ثام أخذ رجلان برجليه ويديه ووضعاه تحت حائط فوق^(١) عليه الحائط لا يمسسان شيئاً ما لم يقيداه ويشداه.

رجل قال لامرأة: إن جلست في نكاحك فامرأتك طالق فتزوجها لا يقع الطلاق؛ لأن هذا الكلام يقتضي جلوسه في نكاحها لغيره فلما تزوجها بنفسه فلم يكن ذلك منه جلوساً في نكاحها فلا يقع الطلاق.

رجل قال لامرأة^(٢): إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها لا يقع الطلاق فإن وقعت الفرقة بينهما ثم تزوجها الآن يقع الطلاق، لأنه علق وقوع الطلاق عليها بتزوجها ثانياً، فإذا تزوجها الآن يقع الطلاق^(٣).

رجل سافر مع عبد له فلما جاء وقت الصلاة قدم المولى عبده وهناك أيضاً قوم مسافرون مقتدون به فلما صلى العبد ركعة نوى المولى الإقامة وأعلم العبد بذلك بالإشارة بالأصبع صار العبد مقيماً تبعاً لمولاه. أما في حق القوم هو على سفره. عند محمد رحمه الله تعالى، فلما صلى ركعة أخرى يعقد ويستخلف أحداً يسلم ثم هو والمولى مقيمان ويتمان صلاة المقيمين. ومثل^(٤) هذا جائز: فإن المسافر إذا أم قوماً مسافرين ومقيمين فلما صلى بهم ركعة أحدث واستخلف رجلاً من المقيمين فإنه لا يتغير فرض المسافرين بتقديمه فهذا مقيم في حق نفسه وفي حق القوم كالمسافر كذا هنا، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى: يصير العبد مقيماً في حق القوم أيضاً.

رجل^(٥) حلف لا يشتري دهنأ فاشترى دهن الكراع لا يحنث؛ لأنه لا يبيعه الدهان، ولو كان الحلف على الأكل يحنث فإنه يقال: أكلت دهن الكراع.

رجلان اشترى خبزاً وجعلاه في كم أحدهما، فغاب شريكه وأخذ الخبز فأكل من ذلك النصف وضاع النصف الباقي ضمن لصاحبه نصف ما أكل؛ لأنه أكل خبزاً مشتركاً والباقي توى عليهما.

رجل حلف لا يأكل حراماً فدفع [كرمه]^(٦) معاملة وأكل من ذلك الكرم لا يحنث. أما عند أبي حنيفة: فلأن ذلك عقد فاسد، فدفع^(٧) أكل من ملك نفسه^(٨)، وعدهما رحمهما الله تعالى: جائز، فهو أكل من حصة نفسه فلا يكون آكلًا للحرام.

رجل شرع في التطوع أربع ركعات قبل طلوع الفجر فلما فرغ تيسر أن ركعتين منهما^(٩) وقعتا بعد طلوع الفجر إن كانت القومة في^(١٠) الركعتين الأخيرتين حصلت بعد طلوع الفجر احتسب عن ركعتي الفجر عدهما رحمهما الله تعالى: وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة

(١) في وجه واحد: ووضع. (٢) في وجه واحد: لامرأة، وفي رواية: لامرأتها، وقد أثبتنا الأول.

(٣) في وجه واحد: لأنه علق... يقع الطلاق ساقطة. (٤) في وجه واحد: قيل.

(٥) في وجه واحد: ساقطة. (٦) في رواية: ساقطة. (٧) في وجه واحد: ساقطة.

(٨) في وجه واحد: ساقطة. (٩) في وجه واحد: منها، وفي رواية: فيها، وأثبتنا الأول.

(١٠) في وجه واحد: إلى.

رحمه الله تعالى؛ لأن عندهما: الثنية ليست بشرط بل القيام إلى الركعتين بعد طلوع المجر كافٍ لصيرورته بركعتي الفجر، وعنده: لا تصير له إلا بالثنية.

رجل له حمار للتجارة وقع في المملحة [فصار ملحاً] ^(١)، فجاء صاحبه فرفع الملح لا تحب الزكاة فيه.

رجل قال لامرأته: إن لم تصبحي غداً ^(٢) ولم تصلي فأنت طالق فأصبحت وتوصأت وشرعت في الصلاة فلما صلت ركعة طلعت الشمس، أجاب شمس الأئمة رحمه الله تعالى ته يقع الطلاق ^(٣)، وهكذا أجاب القاضي الإمام أبو علي ^(٤) السفدي رحمه الله تعالى.

ولو أنها باكرت ^(٥) ومكثت في طهارتها ^(٦) وصلى ركعة ثم طلعت الشمس. قال القاضي: تطلق أيضاً، وقال شمس الأئمة: لا تطلق.

ولو أنها ^(٧) باكرت ^(٨) وتوضأت وغسلت كل عضو ثلاثاً ولو غسلت مرة يكفيها ^(٩) أن تصلي والباقي بحاله لا تطلق ^(١٠) أيضاً ومن ^(١١) أراد أن يصلي على القباء كيف يطرح القباء؟ قالوا: يعمل القباء قفاه تحت رجله ويسجد على ذيله ويجعل البطانة تحته والطهارة فوقه.

رجل قرأ في صلاته مكان يسير ^(١٢) عزيز تقصد صلاته؛ لأن عزيز بمعنى شديد فقد تغير المعنى.

رجل قال لامرأته: أنت طالق إلا واحدة تقع ثنتين؛ لأن هذه اللفظة تقتضي أنه أراد به الثلاث فاستثنى منه واحدة.

رجل له ثلاث [نسوة] ^(١٣) فقال لكل واحدة منهن: من لم ^(١٤) تدر منكن أن في يوم وليلة كم ركعة فريضة فهي طالق، فقالت واحدة: سبعة عشر، وقالت الثانية: خمسة عشر، وقالت الثالثة: إحدى عشرة لم تطلق واحدة سهن، لأنهن صدقن. أما ^(١٥) التي قالت سبعة عشر: فهو كما قالت، وأما التي قالت خمسة عشر: فكذلك يوم الجمعة، والتي قالت إحدى عشرة: فكذلك في حق المسافر.

[المسافر] ^(١٦) المتيمم إذا وجد الماء فتوضأ، ونفض الماء عن إحدى رجله إن توضأ وغسل كل عضو ثلاثاً يبطل تيممه، وإن توضأ مرة مرة لا يبطل.

رحلان خرجا إلى المقازة فجاء أران الصلاة فتحزى كل واحد منهما ووقع التحزى كل

- | | |
|---|--------------------------|
| (١) في داء: ساقطة. | (٩) في داء: وداء: يحكمها |
| (٢) في داء: مطموسة. | (١٠) في داء: لا تصلي |
| (٣) في داء: وداء: تنقطع الصلاة. | (١١) في داء: وداء: ولو |
| (٤) في داء: ساقطة. | (١٢) في داء: شبر |
| (٥) في داء: وداء: باكرت، وفي داء: تركت، وأثبتنا الأول. | (١٣) في داء: ساقطة |
| (٦) في داء: في الطهارة. | (١٤) في داء: ساقطة. |
| (٧) في داء: وداء: ساقطة. | (١٥) في داء: ساقطة |
| (٨) في داء: باكرت، وفي داء: وداء: باركت، وأثبتنا الأول. | (١٦) في داء: ساقطة |

واحد منهما^(١) إلى جهة غير جهة صاحبه ثم بدا لأحدهما في وسط الصلاة أن يتحول إلى جهة صاحبه^(٢)، فتحول واقتدى به إن استقبل التكبير^(٣) جار وإن لم يستقبل لم يجز.

رجل قال لمعبده: (أي جان بدر) لم يعنق؛ لأنه قد يكون له أب^(٤) وهو جانه ولو قال: (أي ازاد مرد) عتق؛ لأنه تلفظ بلفظ^(٥) الحرية^(٦)، وسماه باسم نفسه^(٧).

الصائم إذا استنجن وبالغ فيه واسترخى نفسه. اختلف فيه مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى، وكذلك لو دخل الحمام فدخل الماء أذنه فظاهر الجواب: أنه لا يفسد، وعن بعض المشايخ: أنه يفسد.

إذا صار الرجل مريضاً وصار بحال لا يمكنه الرضوء يتيمم. وإن صار بحال لا يقدر على الرضوء بنفسه ولا يجد أحداً يوضيه ولا من ييممه سقطت عنه الصلاة ما دام هكذا، فإن صحَّ ليس عليه قضاء صلاته، وإن مات على ذلك فلا وبال عليه، وعلى قياس^(٨) قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: يصلي كذلك بالإيماء.

رجل انتهى إلى المسجد لبصلي الظهر فوجد الإمام في القعدة، ولم يدر أنها^(٩) القعدة الأولى أم الأخيرة فاقتدى به ونرى فإن كانت القعدة هي الأولى اقتديت^(١٠) به في الفريضة^(١١) وإن كانت هي [القعدة]^(١٢) الأخيرة، اقتديت به في التطوع، لا يصح اقتداؤه في الفريضة.

وكذلك لو انتهى إليه [في وقت العشاء]^(١٣) فوجده^(١٤) في الصلاة ولم يذكر^(١٥) أنها صلاة العشاء أم التراويح واقتدى به ونوى [أنه]^(١٦) إن كان في الفريضة اقتديت به، وإن كان في التراويح فما اقتديت^(١٧) به، لا يصح الاقتداء [به]^(١٨) أيضاً.

ولو قال: إن كان في الفريضة اقتديت به، وإن كان في التراويح اقتديت به، فظهر أنه في التراويح صح اقتداؤه [إن ظهر أنه في الفريضة لم يصح اقتداؤه^(١٩) في الفريضة]^(٢٠).

رجل تمنح في الصلاة فخرج من^(٢١) صورته^(٢٢) منه ريح لا يقدر على البناء على قياس قول^(٢٣) أبي حنيفة رحمه الله تعالى بناء على مسألة البسطة.

- | | |
|---|----------------------------------|
| (١) في جهة واحدة: كل واحد منهما: ساقطة. | (١٣) في «أ»: ساقطة. |
| (٢) في جهة واحدة: ساقطة. | (١٤) في «د»: ساقطة. |
| (٣) في جهة واحدة: التكبير، وفي «أ»: الكبير وهو تصحيف. | (١٥) في «ج» و«د»: يدري. |
| (٤) في جهة واحدة: ساقطة. | (١٦) غير موجودة وهي في «أ» و«د». |
| (٥) في جهة واحدة: ساقطة. | (١٧) في «ج»: فما اقتديت. |
| (٦) في جهة: الحرمة. | (١٨) في «أ»: ساقطة. |
| (٧) في جهة واحدة: ساقطة. | (١٩) في «د»: الاقتداء. |
| (٨) في جهة: ساقطة. | (٢٠) في «أ»: ساقطة. |
| (٩) في جهة: أيتهما وفي «د»: أيهما. | (٢١) في جهة: ساقطة. |
| (١٠) في «د»: اقتدى. | (٢٢) في جهة واحدة: قوته. |
| (١١) في «د»: القرص. | (٢٣) في جهة: ساقطة. |
| (١٢) في «أ»: ساقطة. | |

إذا وجد قتل في دار الحرب و[كان]^(١) مختوناً غير مقصوص شاربه لا يصلى عليه .
لأنه من الكفرة من يحتتن ، ولو وجد غير محتون مقصوص شاربه يصلى عليه ؛ لأنه
ليس^(٢) منهم من يقص الشوارب .

إذا وجد قتيل في دار الإسلام وعليه زنا وفي حجرته^(٣) مصحف لا يصلى عليه ؛ لأن
لمسلم في دار الإسلام لا يعقد الزنا . أنه من أهل النعمة قد يكون ممن يتعلم القرآن .
ولو وجد ذلك في دار الحرب يصلى عليه ؛ لأن الكافر في دار الحرب لا يأخذ
المصحف ، والمسلم قد يعقد الزنا لأجل الحيلة .

خمس وعشرون نومة حكمها حكم البقطة :

أولها : الضائم إذا نام على القفا وفاء مفتوح فقطر قطرة من ماء المطر في فيه يفسد
صومه ، وكذلك لو أقطر أحد قطرة من الماء في فيه وبلغ ذلك جوفه .

والثانية : إذا جامعها زوجها وهي نائمة يفسد صومها .

والثالثة : لو^(٤) كانت محرمة فجامعها زوجها وهي نائمة فعلها الكفارة .

والرابعة : المحرم إذا نام فجاء رجل وحلق رأسه يجب [عليه]^(٥) الجزاء .

والخامسة : المحرم إذا نام وانقلب في نومه على صيد وقتله يجب عليه الجزاء .

والسادسة : إذا نام المحرم على بعير ودخل في عرفات فقد أدرك الحج .

والسابعة : الصيد يُرمى بالسهم إذا وقع عند نائم فمات من تلك^(٦) الزمية يكون حراماً
كما إذا وقع عند البقطان وهو قادر على ذكاته .

والثامنة : إذا انقلب النائم على متاع^(٧) وكسره يجب الصمان .

والتاسعة : الأب إذا نام تحت جدار فوق الابن عليه من سطح وهو نائم ومات
الابن^(٨) يحرم من الميراث على قول البعض [وهو الصحيح]^(٩) .

والعاشرة : من رفع النائم ووضعه تحت جدار وإسقط عليه الجدار ومات^(١٠) لا يلزمه
الصمان .

والحادية عشرة : رجل خلا بامرأته وثمة أجنبي^(١١) نائم لا تصح الخلوة .

والثانية عشرة : رجل [تزوج بامرأة]^(١٢) فنام في بيت فجاءت امرأته^(١٣) ومكثت عنده
ساعة صحت الخلوة .

- | | | |
|-----------------------|--|---|
| (١) في داء : ساقطة . | (٢) في داء : ساقطة . | (٣) في داء : داء حجره . |
| (٤) في داء : إذا . | (٥) في داء : داء : ساقطة . | (٦) في داء : داء : ذلك . |
| (٧) في داء : داء . | (٨) في داء : داء : متاع ، وفي داء : متاع ، ولعله تصحيح ولذا أثبتنا الأول . | (٩) في داء : داء : ساقطة ، وهي زيادة في داء . |
| (١٠) في داء : ساقطة . | (١١) في داء : رجل . | (١٢) في داء : ساقطة . |
| (١٣) في داء : ساقطة . | | |

[الثالثة عشرة: لو كانت المرأة نائمة في بيت ودخل عليها زوجها ومكث عندها ساعة صحت الخلوة]^(١).

والرابعة عشرة: امرأة نامت فجاء رضيع وارتضع من ثديها ثبت حرمة الرضاع.
والخامسة عشرة: المتيمم إذا مرّت دابته على ماء يمكن استعماله وهو عليها نائم انتقض تيممه.

السادسة عشرة: المصلي إذا نام وتكلم في حالة النوم ففسد صلاته.
والسابعة عشرة: المصلي إذا نام وقرأ في حال قيامه تعتبر تلك القراءة في رواية.
والثامنة عشرة: إذا تلا آية السجدة في نومه فسمع رجل تلزمه السجدة كما لو سمع من اليقظان.

والثامنة عشرة: إذا استيقظ هذا النائم فأخبره رجل بذلك؛ كان^(٢) شمس الأئمة يفني بأنه لا تجب عليه سجدة التلاوة وتجب في بعض الأقوال، وعلى هذا لو قرأ^(٣) رجل عند نائم فانتبه فأخبر فهو على هذا.

العشرون: رجل حلف أن لا يكلم فلاناً فجاء الحالف إلى المحلوف عليه وهو نائم وقال له^(٤): قم فلم يستيقظ النائم، قال بعضهم: لا يحنث، والأصح: أنه يحنث.
والحادية والعشرون: رجل طلق امرأته طلاقاً رجعيّاً فجاء الرجل ومنهأ بشهوة وهي نائمة صار مراجعاً.

والثانية والعشرون: لو كان الزوج نائماً فجاءت المرأة وقبلته بشهوة يصير مراجعاً عند أبي يوسف رحمه الله تعالى [خلافاً لمحمد رحمه الله تعالى]^(٥).

والثالثة والعشرون: رجل نائم^(٦) فجاءت امرأة وأدخلت فرجه في فرجها وعلم الزوج^(٧) بفعلها ثبت حرمة المصاهرة.

والرابعة والعشرون: إذا جاءت امرأة إلى نائم وقبلته [إن كان]^(٨) بشهوة وانفقا على ذلك^(٩) ثبت حرمة المصاهرة.

والخامسة والعشرون: المصلي إذا نام في صلاته فاحتلم، يجب الغسل ولا يمكنه البناء، وكذلك إذا بقي نائماً يوماً وليلة أو يومين وليلتين صارت الصلاة ديناً في ذمته.

رجل أخذ النعاس فوضع رأسه على ركبته أو على حجره ونام كان شمس الأئمة يفني أن على قول أبي يوسف رحمه الله تعالى: لا يكون حدثاً، وعند محمد رحمه الله تعالى: يكون حدثاً.

- | | |
|--|------------------------------------|
| (١) في «أ»: ساقطة. | (٥) في «أ»: غير واردة. |
| (٢) في «ج» و«د»: كان، وفي «أ»: لأن، وهو تصحيح، ولذلك أثبتنا الأول. | (٦) في «ج» و«د»: الرجل إذا نام |
| (٣) في «ج» و«د»: أقر. | (٧) في «ج»: ساقطة. |
| (٤) في «ج»: ساقطة. | (٨) في «أ»: ساقطة، وهي في «ج» و«د» |
| | (٩) في «ج»: وانفقا على ذلك ساقطة. |

(١٤) في اجراء رقابة المشتمع.

اليمين على المسيح^(١) له إن لم ينوه وأطلق إطلاقاً فإن أراد به تحليف المسيح^(٢) فقال^(٣) المسيح^(٤): نعم، يقع عليه حتى لو لم ينصرف هو يحنث في يمينه، وإن سكت يقع على المسيح^(٥) له حتى لو لم ينصرف هو يحنث المسيح^(٦) له. والله تبارك وتعالى أعلم.

وصلى الله على سيدنا محمد، خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين وسلم تسليماً كثيراً إلى يوم الدين.

(١) في نسخة: بالله... على المسيح له: ساقطة.

(٢) في نسخة وادع: المسيح.

(٣) في نسخة وادع: فإن قال.

(٤) في نسخة وادع: للمسيح.

(٥) في نسخة وادع: المسيح.

(٦) في نسخة وادع: المسيح.

فهرس المحتويات

٣	كتاب الصلح وفيه بحث المهايآت
	الفصل الأول: فيما يجوز الصلح [عن] جنس حقه وعلى خلاف جنسه و صلح الجياد على الزیوف
٥	وفما لا يجوز . الخ
١٩	الفصل الثاني: فيما يجبر على قبول الحق وفيما لا يجبر إلى آخره
٢٦	بحث في المهايأة
	الفصل الثالث: في صلح أحد ربي الذین عن دين مشترك واستيفاء أحد ربي الذین الذین المشترك
٣٩	إلى آخر الفصل
٤٦	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة
٥١	كتاب الزهن
٥٣	الفصل الأول: في الألفاظ التي ينعقد بها الزهن وفيما لا ينعقد الخ
٧١	الفصل الثاني: فيما يجبر العدل على بيع المرهون وتوابعه وزوائده وفيما لا يجبر إلى آخر الفصل
٨٨	الفصل الثالث: فيما يعود رهناً وفيما لا يعود إلى آخره
٩٢	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة
٩٥	كتاب المضاربة
٩٧	الفصل الأول: فيما تجوز المضاربة وفيما لا تجوز إلى آخره
١١٠	الفصل الثاني: فيما يضمن المضارب بالتصرف في مال المضاربة وفيما لا يضمن إلى آخره
	الفصل الثالث: [فيما هو في معنى المضاربة، وفيما للمضارب أن يتفق على نفسه من مال المضاربة
١٢٧	وفما ليس له أن يتفق إلى آخره]
١٣٤	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة
١٣٥	كتاب المزارعة
١٣٧	الفصل الأول: فيما تجوز المزارعة وفيما لا تجوز إلى آخره
١٥٧	الفصل الثاني: فيما يضمن المزارع وفيما لا يضمن الخ
	الفصل الثالث: في اختلاف المزارع مع رب الأرض في الزرع وغيره، وفي اختلاف الفارس في
١٦١	الشجر مع غيره إلى آخره
١٧٩	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة
١٨١	كتاب الشرب
١٨٣	الفصل الأول: فيما يمنع صاحب النهر من أجر الماء، ويمنع الغير من حفر البئر إلى آخره
١٩١	الفصل الثاني: فيما يضمن صاحب النهر ما تلقى من جريان الماء وغيره وفيما لا يضمن، الخ
	الفصل الثالث: في الاختلاف في الأشجار على النهر المشترك والاختلاف في الشرب، وفي مقدار
١٩٧	الشرب المشترك إلى آخر الفصل
٢٠٠	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة

٢٠١	كتاب الأشربة
٢٠٣	الفصل الأول: فيما يحل شربه وفيما لا يحل إلى آخره
٢٠٦	الفصل الثاني: فيما يفسد الخل وفيما لا يفسد إلى آخره
٢٠٨	الفصل الثالث: في المسائل المتفرقة
٢٠٩	كتاب الإكراه
٢١١	الفصل الأول: فيما ينفذ من المكره، وفيما لا ينفذ إلى آخره
٢١٩	الفصل الثاني: فيما يضمن المكره وفيما لا يضمن إلى آخره
٢٣٠	الفصل الثالث: في المسائل المتفرقة
٢٣٥	كتاب المأذون
٢٣٧	الفصل الأول: فيما يصير العبد، والوصي مأذوناً، وفيما لا يصير إلى آخره
٢٥٠	الفصل الثاني: فيما يصح إقرار العبد الناجر، وفيما لا يصح إلى آخر الفصل
٢٦٣	الفصل الثالث: في المسائل المتفرقة
٢٦٥	كتاب الذبائح
	الفصل الأول: فيما يوجب القصاص في النفس، وفيما دون النفس من القطع والجراحات والشجاج، وغيرها، وفيما لا يوجب إلى آخره
٢٦٧	مسائل القسامة
٢٨٦	الفصل الثاني: فيما يجوز الصلح، والعفو عن القصاص في النفس، وفيما دون النفس، إلى آخره .. ٢٩٢
	الفصل الثالث: في معرفة المدة التي يؤجل إليها نبت اللحية، وشعر الرأس بعد الحلق، والسن بعد القلع إلخ
٣١٦	الفصل الرابع: في المسائل المتفرقة
٣٢٧	كتاب الوصايا
٣٣١	الفصل الأول: فيما تجوز الوصية والتسييل وفيما لا تجوز إلخ
٣٣٥	الفصل الثاني: فيما يصير وصياً وفيما لا يصير إلى آخره
٣٦٢	الفصل الثالث: فيما يرجع على الوصي بالعيب وفيما لا يرجع إلى آخره
٣٧١	الفصل الرابع: فيما يجوز من شهادة الوصي للميت بالدين والعق وغيرهما، وفيما لا يجوز ... ٣٧٣
٣٧٧	الفصل الخامس: فيما يجوز إبراء رب الدين عن الدين وفيما لا يجوز إلى آخره
٣٨٤	الفصل السادس: فيمن يجب عليه إصلاح الأرض الموصى بها بعد قلع الأشجار الموصى بها لآخر إلخ ... ٣٨٤
٣٩٥	الفصل السابع: فيما إذا مات بعض الموصى لهم، هل تصير الوصية للباقي أم لا؟ إلى آخره ... ٣٩٥
٤٠٤	الفصل الثامن: في المسائل المتفرقة
٤٠٩	كتاب الفرائض
٤١٧	كتاب في الألفاظ التي تجري على اللسان فيكفر بها وما لا يكفر بها
٤٢٣	كتاب الحيل
٤٣١	كتاب في المسائل المتفرقة من جميع الكتب
٤٤٧	فهرس المحتويات